

PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA:
ALCANCES Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL
EN CONTEXTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL*

*CRIMINAL PROSECUTION OF THE HOMICIDE
OF PROTECTED PERSONS IN COLOMBIA:
SCOPE AND LIMITS OF CRIMINAL LAW
IN TRANSITIONAL JUSTICE CONTEXTS*

ALEJANDRO APONTE-CARDONA**

*Fecha de recepción: 15 de agosto de 2010
Fecha de aceptación: 2 de octubre de 2010*

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Aponte-Cardona, Alejandro, *Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 13-62 (2010).

* Artículo de investigación producto del Grupo de Investigación en Justicia Social. Teoría Jurídica General y Teoría Política, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Doctor en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Saarland, Saarbrücken, Alemania. Profesor investigador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Consultor internacional. Bogotá, Colombia.
Contacto: alejandro.aponte@javeriana.edu.co.

RESUMEN

El presente artículo aborda el estudio de los avances y los límites de la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida en su calidad de crimen internacional. El estudio se adelanta en el contexto general de la necesaria utilización coordinada y diferenciada de diversos ámbitos de protección de derechos humanos, de manera que el sistema penal no se sobrecargue disfuncionalmente cuando, a nombre de la denominada justicia transicional, se le pide demostrar *todas* las circunstancias que han rodeado o rodean la comisión masiva de hechos que constituyen crímenes internacionales. Al contrario, a partir de una reflexión más general y no solo penal, el escrito hace énfasis en la necesaria armonización del uso de diferentes mecanismos de justicia transicional y en la diferenciación de ámbitos de protección de derechos humanos, con el propósito de avanzar más coherentemente en la persecución penal, no solo del delito que se estudia, sino también de los diversos delitos que constituyen crímenes internacionales.

Palabras clave autor: Persecución penal de crímenes internacionales, derechos humanos y derecho penal, homicidio en persona protegida, delitos atroces, *falsos positivos* o ejecuciones extrajudiciales y fórmulas de imputación de responsabilidad penal.

Palabras clave descriptor: Derecho penal, derechos humanos (Derecho internacional), delitos internacionales, procesos por homicidio.

ABSTRACT

The following article studies the advances and limits of the national prosecution of the homicide of a protected person as an international crime. The analysis is made under the general context of differentiation and coordination among different areas of human rights protection. As a consequence, the criminal justice system would not be congested in a dysfunctional way when, in the name of the transitional justice, it is required to reveal and demonstrate the entire circumstances that surround the massive perpetration of international crimes. On the contrary, from a broad and not only criminal perspective, the article emphasizes in the necessary harmonization of the employment of transitional justice mechanisms and the differentiation of areas of human rights protection, in order to advance in a coherent criminal prosecution of, not only the homicide of protected persons, but also other criminal offenses that constitute international crimes.

Key words author: *Criminal prosecution, international crimes, human rights law and criminal law, homicide of a protected person, heinous crimes, false positives or extrajudicial executions, attribution of criminal responsibility.*

Key words plus: *Criminal law, Civil Rights (International Law), International offenses, Trials (Homicide).*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA PARTICULARIDAD DEL CASO COLOMBIANO: DE LA GUERRA COMO UN PROBLEMA JURÍDICO.- II. REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- III. EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y LA CONSAGRACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES.- A. *Confusión alrededor de ámbitos normativos diferentes de protección de derechos humanos.*- B. *El derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos: relaciones y límites.*- C. *Delitos y violaciones de derechos humanos: diferencias y complementos.*- D. *Protección penal de derechos humanos.*- IV. PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA COMO CRIMEN INTERNACIONAL.- A. *Calificación del conflicto armado: consecuencias jurídicas disímiles ante perspectivas enfrentadas.*- B. *Los “actos de ferocidad y barbarie”: el legado del derecho público colombiano al derecho penal internacional.*- C. *“Humanización” del Derecho Internacional Humanitario: un propósito jurisprudencial.*- D. *El conflicto armado: más allá del tiempo y lugar de las hostilidades.*- E. *Conflicto armado interno y límites para el juzgamiento de los delitos.*- F. *Aplicación errónea de tipos penales convencionales.* G. *Avance cualitativo en la persecución penal del homicidio de persona protegida.*- 1. Es irrelevante la calificación sobre las víctimas que adelantan los autores.- 2. Un aporte a la claridad sobre la noción de persona protegida en el Código Penal.- H. *Los “actos de barbarie” en contextos de conflicto armado interno.*- I. *Los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, como homicidios en personas protegidas.*- V. NUEVAS EXIGENCIAS RESPECTO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.- A. *La Sala Penal: avance tortuoso hacia fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico.*- B. *Autoría mediata en estructuras de poder mediante “instrumento responsable”.*- C. *El fantasma paralizante de la posible impunidad.*- VI. *“LLENAR TODOS LOS VACÍOS DE IMPUNIDAD”: UNA PRETENSIÓN IMPOSIBLE.*- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo, escrito en el contexto general de la denominada justicia transicional o “justicia en la transición”, adelanta una reflexión relacionada con aspectos fundamentales de la persecución penal de crímenes internacionales en Colombia, con énfasis en la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida, el cual es concebido en la normatividad internacional como crimen de guerra y es tipificado en nuestro Código Penal como infracción al Derecho Internacional Humanitario, DIH. En razón a que se trata de un estudio dentro de un volumen dedicado al tema complejo y comprehensivo de la justicia transicional, no se hará un análisis meramente penal, sino que este se adelantará de manera contextualizada, en relación con aspectos sustanciales del proceso de incorporación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el derecho público interno y la reforma introducida a la legislación penal en 1999.

Aunque se trata de datos conocidos en su mayoría por el lector colombiano, se hará breve referencia a estos en perspectiva comparada, al ser ello útil y necesario para contextualizar críticas y observaciones que hace el autor de este escrito, por ejemplo, sobre la confusión reinante hoy en diferentes ámbitos de protección de derechos humanos. La confusión señalada, por lo demás, tiene implicaciones concretas sobre las expectativas sociales que se pueden generar a nombre de la justicia transicional: confundir y mezclar, indistintamente, mecanismos de justicia transicional, trae, entre otras consecuencias, la disfuncionalización de la justicia penal o de la justicia administrativa, las cuales estarán, por tanto, sobrecargadas con responsabilidades ajenas a sus competencias, mientras que diversos entes estatales, relacionados, para citar un caso, con el poder ejecutivo, se ven relevados de sus propias funciones.¹

1 Dentro de la más diversa bibliografía y además de los textos escritos en este volumen, dedicados específicamente al estudio de las características de la justicia transicional, el autor se remite al trabajo de Kai Ambos, elaborado como introducción al volumen conjunto escrito por diversos profesores de América Latina y Europa sobre el tema,

En cuanto a la presentación del homicidio en persona protegida, se hace relación a recientes decisiones del juez penal colombiano de mayor jerarquía, al tiempo que se hace un recuento –importante en perspectiva comparada– de la tradición colombiana de aplicación de normas, con gran riqueza argumentativa, sobre humanización de la guerra y limitación de sus efectos en los civiles no armados.² De igual manera, el trabajo se detiene en el estudio de los avances que ha tenido, aunque con dificultades de toda índole, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la aplicación de nuevas fórmulas de imputación de responsabilidad penal por la comisión de conductas que constituyen crímenes internacionales.

I. LA PARTICULARIDAD DEL CASO COLOMBIANO: DE LA GUERRA COMO UN PROBLEMA JURÍDICO

El caso colombiano es muy particular en el contexto de los países que han incorporado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a su ordenamiento jurídico interno. La situación de conflicto armado crónico que Colombia padece, principalmente, le ha dado especificidad, incluso en el contexto de los países latinoamericanos, con los cuales comparte

en perspectiva comparada: *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-119 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009). En ese texto y, en general, el volumen enfatiza la idea de concebir la justicia transicional como un conjunto de mecanismos diferenciados que confluyen entre sí en la triada verdad-justicia-reparación, de los cuales el derecho penal es apenas uno de ellos y no siempre el más importante. El autor del presente trabajo adelanta su estudio a partir de este presupuesto y de la exigencia, cada vez mayor, de diferenciar muy bien la actuación propia de cada uno de los mecanismos de justicia transicional. El libro está disponible en la coedición de la Fundación Konrad-Adenauer con la Editorial Temis de Colombia.

- 2 Diversos temas tratados en este escrito han sido trabajados por el autor, desde una perspectiva comparada y como presentación del caso colombiano, en: Alejandro Aponte-Cardona, *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, 10 *International Criminal Law Review*, 4, 549-569 (2010).

Además, diversos temas tratados en este estudio han sido desarrollados de manera más comprehensiva y respecto de varios delitos que constituyen crímenes internacionales, en el libro: Alejandro Aponte-Cardona, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, publicado en la colección de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en octubre de 2010.

problemas comunes. Colombia vive una situación de conflicto armado interno desde hace más de cinco décadas, que está hoy en una etapa de degradación y desideologización, cuyo mayor impacto negativo es sufrido por la población civil desarmada. En el contexto reseñado se cometen innumerables violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario, perpetradas tanto por grupos armados al margen de la ley, como por funcionarios estatales ligados a la dinámica de la guerra.

En razón de la situación expuesta, aunada a que en Colombia se ha vivido en situación permanente de guerras civiles desde el siglo XIX, cuando se independizó de la dominación española, la discusión jurídico-política nacional ha estado condicionada por la existencia de conflictos armados. Ahora bien, para la racionalidad de Occidente, la guerra –el conflicto armado– es un hecho de plano desconocido por el orden jurídico. Así, en la vieja fórmula de Thomas Hobbes, el Estado es concebido como negación de la guerra; es decir, donde hay guerra no hay Estado y donde hay Estado no puede haber guerra.³ La tradición del derecho público europeo se estructura sobre esta premisa. Autores como Max Weber, Hans Kelsen y Niklas Luhmann así lo han enfatizado.⁴

No obstante, en el caso colombiano, la guerra como una constante ha tenido que ser tratada como un problema relevante para el derecho.⁵ En esta lógica están situadas múltiples figuras del derecho público que han sido incorporadas por las Constituciones Políticas desde el siglo XIX, las cuales han tematizado, específicamente, la situación de conflicto armado. Por ejemplo, este es el caso de la incorporación del *derecho de gentes* dentro

3 Thomas Hobbes, *Leviatán* (Altaya, Barcelona, 1994).

4 Max Weber, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (2ª ed., Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2004).

Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 1979).

Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (Universidad Iberoamericana, UIA, México, 2002).

5 Como un estudio riguroso de este fenómeno y su especificidad en el caso colombiano, se cita el texto de Iván Orozco-Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (2ª ed., Temis, Bogotá, 2006).

del ordenamiento jurídico interno. A su vez, la noción de *delito político* y su tratamiento especial y la concesión de *amnistías* e *indultos a delincuentes políticos* están situadas en la lógica expuesta, de conducir la guerra en términos jurídico-políticos. En este orden de ideas, la consagración constitucional –hoy– del Derecho Internacional Humanitario como estatuto regulador de los estados de excepción, entre otros, es una herencia genuina de la tradición de incorporar el lenguaje de la confrontación armada al lenguaje civil del derecho. Para la regulación del antiguo estado de sitio se estableció el *derecho de gentes*, el cual era un estatuto que regulaba los efectos negativos de la excepción, al establecer reglas de juego para la preservación de las garantías, aun en la emergencia. Hoy, el derecho internacional humanitario adopta esta función, mucho más compleja y sofisticada, desde luego.

En este contexto, en extremo problemático y particular, se debe adelantar la reflexión en torno a la adopción del Estatuto de Roma en Colombia; contexto adecuado, igualmente, para analizar la jurisprudencia nacional relacionada con la persecución penal de crímenes internacionales. Lo anterior, pues la comparación entre el derecho público interno y las normas del Estatuto está necesariamente condicionada por la relación entre guerra y derecho. El nuevo Código Penal se halla precisamente inscrito en la situación de ambigüedad entre la guerra y la paz que vive el país. Por tanto, este incorpora normas propias para regular situaciones, por decirlo así, cuyo contexto es la paz consolidada –como es el caso de un hurto normal o, incluso, de normas penales más novedosas como la manipulación biológica–, al tiempo que incorpora tipos penales que se ubican en las fronteras existentes entre la paz y la guerra.

Es lo que ocurre, por nombrar un caso, con las *infracciones al Derecho Internacional Humanitario*, tipificadas hoy en el Código Penal, a partir del artículo 135. Estos tipos penales solo pueden ser aplicados en situaciones de conflicto armado, lo que explica por qué, justamente, esas normas están siendo aplicadas en el caso colombiano, en especial el artículo 135, que hace referencia al *homicidio en persona protegida*. Mientras que otros países han

hecho uso de legislaciones especiales para incorporar normas que, por ejemplo, defienden bienes protegidos por el derecho humanitario, en el caso colombiano estas normas –así como aquellas que hacen alusión, desde luego, a las personas protegidas– son incorporadas al derecho penal ordinario.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma ha sido incorporado a la legislación interna mediante reforma al artículo 93 de la Constitución de 1991, lo cual fue necesario para atender a la normatividad propia del Estatuto, que en algunas cuestiones fundamentales es distinta y contradice normas de carácter interno. Decía la norma en su texto original:

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.

Durante los primeros años de vigencia de la Carta Política se presentaron arduas discusiones alrededor del sentido de la norma. De esta forma, se debatió si los tratados prevalecen al orden interno, o si estos deben ser solo instrumentos fundamentales de interpretación jurídica. Cualquiera que sea el caso, en la Carta Política ya existía una norma propicia para la incorporación de preceptos normativos, aun muy especiales, como aquellos que componen el Estatuto de Roma. Así las cosas, en virtud de la reforma constitucional enunciada con anterioridad, al tenor reseñado se le agregó el siguiente texto normativo:

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 trata-

miento 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.

Por otra parte, en el proceso de reforma constitucional participaron todas las ramas del poder público. En primer lugar, intervino el órgano legislativo; así, mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2001, el Congreso de la República reformó el artículo 93 de la Carta Política, con lo cual allanó el terreno para la posterior ratificación del Estatuto de Roma. Posteriormente, después de ciertas discusiones técnicas y de algunas diferencias iniciales entre el Congreso y el Gobierno, se estableció que este último debía presentar un proyecto de Ley aprobatoria del Estatuto de Roma. Se expidió entonces la Ley No. 742 del 5 de junio de 2002, *por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).*

Por último, por disposición constitucional, esta Ley, aprobatoria de un tratado, fue revisada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional. En este sentido, en la extensa providencia C-578 de 2002, elaborada durante junio y julio de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 742 de 2002. La sentencia de la Corte contiene múltiples elementos relevantes para la discusión y constituye uno de los documentos más importantes para evaluar cómo ha sido el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento interno de Colombia. Con mayor razón, si se atiende a que en la providencia que se comenta la Corte intentó aclarar, fundamentalmente, los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas del Estatuto de Roma. De esta forma, el Tribunal Constitucional no se limitó tan solo a declarar la constitucionalidad del Estatuto y a dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normatividad.⁶

⁶ A partir del texto de la reforma constitucional, en el cual se hace referencia a los efectos causados “exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada” en el tratado, la Corte reseña en detalle los aspectos más complejos del Estatuto, para buscar una armonía basada en los límites de los alcances de sus normas, con el resto de las normas constitucionales. Ahora bien, el juez constitucional hubiera podido, una vez reformada

III. EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y LA CONSAGRACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

El Código Penal vigente, expedido en julio de 1999 mediante la Ley 599 de 2000 y cuya vigencia se consagró a partir de julio de 2001, incorpora conductas que, desde el punto de vista internacional, corresponden a crímenes internacionales. Así, mientras en otras naciones se han diseñado legislaciones especiales para hacer lo propio –como es el caso alemán– o en otras se busca dar aplicación automática de las normas del Estatuto de Roma, tanto aquellas que se refieren a los delitos en particular, como aquellas que condicionan su aplicación o interpretación dogmática, Colombia tiene un Código Penal que contempla delitos concebidos por el Estatuto de Roma como *delitos de lesa humanidad* y tipos penales previstos en este como *crímenes de guerra*. La nueva legislación penal es anterior a la entrada en vigencia del Estatuto; no obstante, la discusión tuvo lugar prácticamente en el mismo período.

Ahora bien, en el país tuvieron lugar intentos concomitantes al nuevo Código Penal, de adaptación de la legislación penal interna a las tendencias en el ámbito internacional. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 589 del 7 de julio de 2000, *por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura y se dictan otras disposiciones*. Es importante destacar que el trámite que se dio a esta Ley en el Congreso es prácticamente simultáneo al trámite y discusión del proyecto de ley del nuevo Código Penal y su promulgación se efectuó apenas 20 días antes de este último. En este sentido, el verdadero debate sobre la tipificación de los delitos más graves entre los denominados –en el contexto internacional– de *lesa hu-*

la Carta por vía del acto legislativo, adelantar un control meramente formal y menos profundo. Sin embargo, lo que pretendió, con acierto, fue dejar establecidas aquellas bases jurisprudenciales necesarias para la interpretación posterior de las normas del Estatuto de Roma, cuando estas sean implementadas. Ello, en consonancia, además, con el literal c del artículo 21 del “derecho aplicable” del Estatuto de Roma, que se refiere a los principios desarrollados por el derecho interno de los respectivos países.

manidad tuvo lugar en el proceso legislativo de la mencionada ley 589 de 2000, incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal.

A. Confusión alrededor de ámbitos normativos diferentes de protección de derechos humanos

En los debates legislativos se percibió, desde el inicio, la ambivalencia surgida por la pretensión de adelantar una protección nacional de los derechos humanos, acorde con las tendencias internacionales, pero realizar este objetivo por medio de normas penales, las cuales obedecen, por principio, a una lógica distinta a la del derecho internacional de los derechos humanos. En este esquema fue recalcado, en múltiples ocasiones, que la tipificación en el ámbito interno de aquellas conductas rechazadas por la comunidad internacional, pretende “lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁷ Igualmente, fue recalcado como fin último la adaptación del derecho público interno a las demandas internacionales. Así, se estableció que “todas las normas están orientadas a un mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales en nuestro país”.⁸

En este sentido, para citar un caso, en la discusión legislativa en torno a la Ley 589 de 2000, cuando se hizo referencia a las conductas tipificadas en el proyecto, se subrayó que estas son “violatorias de los derechos humanos fundamentales”.⁹ Se trata, entonces, según los legisladores, de “conductas gravísimas que lesionan derechos tan sentidos [...], por el conjunto de los países del mundo”.¹⁰ Como se afirmó desde un principio en un estudio premonitorio sobre hechos que se vienen generando

7 Senado de la República, Proyecto de Ley No. 20 de 1998, 126 *Gaceta del Congreso*, 22 de julio de 1998, 26.

8 Senado de la República, Proyecto de Ley No. 20 de 1998, 126 *Gaceta del Congreso*, 22 de julio de 1998, 26.

9 Senado de la República, Proyecto de Ley No. 20 de 1998, 126 *Gaceta del Congreso*, 22 de julio de 1998, 27.

10 Senado de la República, Comisión Primera, Acta No. 12, 20 de octubre de 1998, 369 *Gaceta del Congreso*, 23 de diciembre de 1998, 29.

hoy: “estos tipos penales garantizan derechos antes que tutelar bienes jurídicos. Así, por ejemplo, si bien la vida ha constituido siempre un bien jurídico protegido por el derecho penal, en relación con tipos como el de genocidio, es común emplear la expresión ‘derecho a la vida’ para referirse al bien cuya protección se persigue”.¹¹ Los mismos legisladores han reconocido que “los conceptos de crímenes de lesa humanidad y genocidio son propios del derecho penal internacional y no del derecho penal interno de los Estados”.¹²

Cuando se hace referencia aquí a la situación de ambivalencia, es en razón a que en las discusiones y, sin duda, también en la práctica, el lenguaje del derecho penal –en relación, entre otros, con el bien jurídico a proteger– ha sido sustituido por el lenguaje de los derechos humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los derechos humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de esa confusión, ámbitos distintos de protección de derechos humanos están siendo utilizados de forma indiferente y entremezclada.

Valga aclarar al respecto lo siguiente: el derecho internacional de los derechos humanos es un ámbito de protección de derechos humanos, con instituciones como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH, cuya tarea es definir la responsabilidad del Estado y no responsabilidades individuales, mientras que otro escenario es la protección constitucional de derechos humanos, la cual es más amplia y afirmativa, al promover y

11 Claudia Medina, *El Derecho penal de los derechos humanos, El Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano*, 146 (tesis de grado, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002). El estudio destaca que la doctrina también se mueve en esta posición intermedia entre el discurso del derecho penal y el discurso de los derechos humanos: “la doctrina nacional por ejemplo, al referirse a los bienes que son lesionados con el delito de genocidio, afirma que ‘los bienes o derechos humanos afectados son los más fundamentales y esenciales’, lo que explica por qué el uso de los términos es indistinto. Así, en lugar de hacer referencia a los múltiples bienes jurídicos que se protegen, se habla de que el genocidio ‘lesiona y ofende una diversidad de derechos humanos’, los cuales, en consecuencia, se enuncian en términos de derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la libertad, etc.)”. Jesús López, citado por Claudia Medina, *El Derecho penal de los derechos humanos, El Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano*, 147 (tesis de grado, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002).

12 Congreso de la República, 37 *Gaceta del Congreso*, 7 de abril de 1999, 2.

exigir del Estado y sus instituciones la promoción efectiva de múltiples derechos. La protección penal de derechos humanos es un ámbito muy distinto. En otras palabras, el derecho penal, incluso en este contexto y con estos objetivos, debe operar como *ultima ratio* [último argumento, última razón], estar basado en la responsabilidad penal individual y respetar cada uno de los principios que le dan sentido. El derecho penal es una respuesta frente a la violación de una norma, es un mecanismo de disuasión; no le corresponde promover o afirmar valores.

Sin embargo, cuando el lenguaje de los derechos humanos se apropia del lenguaje penal, el sistema judicial penal se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, que lo exceden, que lo sobrepasan. Al contrario, a nombre de las víctimas, al derecho penal no le corresponde dar respuesta a la totalidad de las causas que subyacen a masivas violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario que han sido perpetradas durante décadas en el país. Se trata de una situación que se advierte, pero que ya se anunciaba desde el principio en la discusión legislativa de reforma al Código Penal.

B. El derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos: relaciones y límites

En la discusión en torno a la Ley 589 de 2000, prevaleció la idea de incorporar delitos como el genocidio o la desaparición forzada, como *delitos de lesa humanidad* dentro del nuevo Código Penal. En la Comisión Primera y en la Plenaria del Senado, se presentó la propuesta de expedir una norma que introduciría un nuevo título en el Código Penal: *Delitos de Lesa Humanidad*. En un principio, este título iba a contener los tipos penales de desaparición forzada, genocidio y tortura; sin embargo, más adelante fueron incluidos los delitos de desplazamiento forzado y la “masacre”.¹³ La noción de masacre fue eliminada del

13 En palabras de los legisladores: “Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no solo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal

proyecto con buen criterio, debido a la dificultad para imputar un delito así.¹⁴

En momentos posteriores, los legisladores se dieron cuenta de la dificultad que acarrea, desde el punto de vista de la racionalidad dogmático-penal, la consagración de nuevos delitos bajo la idea de *crímenes de lesa humanidad* como *bienes jurídicos protegidos*; idea que, a pesar de ser flexible en el derecho internacional, es impropia en el caso del derecho penal interno. La tensión y la confusión entre *bien jurídico* tutelado por el derecho penal y *protección de derechos humanos* como política estatal, se hacen aquí evidentes. Por ello, en la ponencia para segundo debate y como parte del pliego de modificaciones introducidos al Proyecto de Ley No. 142 de 1998, en la Cámara de Representantes se propuso eliminar el título *Delitos de Lesa Humanidad*, pues se reconoció la gran dificultad que ello generaría al momento de ser aplicado en el orden interno.¹⁵

C. Delitos y violaciones de derechos humanos: diferencias y complementos

Es necesario diferenciar muy bien cuándo una conducta constituye una violación de derechos humanos y cuándo esta misma

nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres". Senado de la República, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 20 de 1998, 185 *Gaceta del Congreso*, 17 de septiembre de 1998, 6.

- 14 Aun cuando este último delito fue eliminado con posterioridad, se puede percibir hoy cómo, en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, para citar un caso concreto, la noción de *masacre* es usada por algunos abogados e intervinientes en el proceso, como si se tratara de un delito o conjunto de delitos. Se usa, por ejemplo, para denunciar –a nombre de las víctimas– que no se investigan *masacres*, sino *homicidios*. Es una confusión que refuerza las complicaciones que surgen cuando conceptos sociológicos sustituyen conceptos normativos. La noción de *masacre* es sociológica, no existe en el Código Penal como concepto normativo. No obstante, para efectos de la investigación de los delitos, es claro que para poder abordar normativamente el efecto y las consecuencias de una masacre, hay que investigar los homicidios en el contexto más general de la macrocriminalidad, pero este es un tema diferente.
- 15 En última instancia, el peligro de la consagración de tipos penales extremadamente indeterminados, en blanco y, por ello mismo, con la obligación de remisión permanente al contexto internacional, condujo a los legisladores a incorporar las conductas dentro de aquellos títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales. Al fin y al cabo, con base en el principio de integración, los instrumentos internacionales están presentes, de hecho, en la interpretación y aplicación de las normas internas. Cámara de Representantes, 450 *Gaceta del Congreso*, 18 de noviembre de 1999, 6.

conducta constituye un delito. Por ejemplo, el aborto es un delito y no una violación de derechos humanos. En cambio, una desaparición forzada tiene la doble condición de ser tanto delito como violación de derechos humanos. Si estas dos categorías no son diferenciadas correctamente, todo el Código Penal podría convertirse en un tratado de derechos humanos y generar así gran confusión. Sin embargo, hoy Colombia vive un proceso muy complejo de conversión artificial de muchas conductas en delitos de lesa humanidad. Así mismo, parte de este proceso de conversión artificial se da a partir de la confusión entre *delitos* y *violaciones de derechos humanos*, lo que tiene lugar, también, por la confusión que se ha anotado entre diferentes ámbitos de protección de derechos humanos.

Un crimen internacional es una acción que al mismo tiempo que constituye un delito, es una violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Y se trata, además, de una acción que está regulada en estatutos normativos con vocación internacional, como es el caso del Estatuto de Roma. Son conductas que no solo merecen un reproche de carácter interno, sino que a su vez exigen una respuesta a nivel internacional.

Puede suceder, no obstante lo anterior, que una conducta que en situaciones normales sea meramente un delito, pueda ser también, en otro contexto, una violación de derechos humanos y, en la actualidad, un crimen internacional. Por ejemplo, la violación es una conducta que no constituye, por sí misma, una violación de derechos humanos ni un crimen internacional. Sin embargo, si esa agresión sexual tiene lugar en un escenario de conflicto armado interno o internacional, en el que una mujer ha sido violada a manera de represalia contra enemigos por ser líder o, en todo caso, por agredirla no solo a ella sino también a su comunidad en medio de ese conflicto, esa acción constituye una violación al Derecho Internacional Humanitario, un delito tipificado como tal en la legislación penal y, a su vez, un crimen internacional. Por esto, la delimitación de los contextos es una tarea tan importante en el proceso de imputación de las conductas. Lo decisivo para establecer cuándo una conducta concebida como delito puede

constituir una violación de derechos humanos, es el contexto en el cual los hechos tienen lugar. Lo importante es, ante todo, respetar las diferencias que se han reseñado entre diferentes ámbitos de protección de derechos humanos.

D. Protección penal de derechos humanos

Como se manifestó previamente, en el proceso de modificación y adecuación de las normas internas, el Código Penal vigente ha introducido algunas conductas que constituyen crímenes internacionales conforme lo dispuesto por el Estatuto de Roma. Así las cosas, teniendo en cuenta el proceso de reforma legislativa, cuatro conductas constituyen lo que podría denominarse el *núcleo duro de protección penal de derechos humanos*: se trata del *desplazamiento forzado*, la *desaparición forzada*, el *genocidio* y la *tortura*.¹⁶ Por su parte, tal como se ha señalado, el Código Penal consagra, en un capítulo único de la parte especial, los delitos que constituyen infracciones al Derecho Internacional Humanitario, lo que se traduce en un catálogo general de diversas conductas que en el ámbito internacional son concebidas como crímenes de guerra.

Conforme a lo expuesto, en el caso de la Fiscalía General de la Nación, la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ha depurado una serie de criterios para asumir la investigación de aquellas conductas que no solo son delitos, sino que a su vez tienen la connotación de violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y que constituyen, además, crímenes internacionales. No obstante, esto ha sido un proceso muy complejo que, luego de 16 años de funcionamiento de la Unidad,¹⁷ aún está en desarrollo. Por su parte, y de manera fundamental, la Unidad de Justicia y Paz de

16 Aun cuando la última conducta referida ya estaba regulada en el Código Penal de 1980, fue modificada en algunos de sus apartes fundamentales en el nuevo Código Penal. Las otras tres conductas fueron incorporadas por primera vez al Código Penal en el proceso de reforma legislativa.

17 La Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario fue creada por la Resolución 2725 del 9 de diciembre de 1994, de la Fiscalía General de la Nación.

la Fiscalía ha avanzado enormemente en la conceptualización de estas conductas, lo mismo que los magistrados que adelantan el proceso.¹⁸

IV. PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Excede los límites de este trabajo analizar cada una de las conductas reseñadas. Por tanto, a continuación se hará énfasis, precisamente por la especificidad del caso colombiano, al delito de homicidio en persona protegida. La norma pertinente dispone:

Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis coma sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

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

- 1. Los integrantes de la población civil.*
- 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.*
- 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.*
- 4. El personal sanitario o religioso.*
- 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.*

18 A propósito, ver el estudio que sobre el tema y en el contexto del Proceso de Justicia y Paz, adelantó Alejandro Aponte como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional para el seguimiento del proceso de Desarme, Desmovilización y Reintegración, DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax: *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, en *Segundo Informe*, 17-86 (Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009). Disponible en: http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf.

6. *Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.*
7. *Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.*
8. *Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.*

El capítulo de estos delitos está constituido por dos columnas principales: personas protegidas, tal como se ha visto regulado por los artículos 135 y subsiguientes, y bienes protegidos, como lo señala el artículo 154, que se refiere a la “destrucción y apropiación de bienes protegidos”. De otro lado, conductas que, desde el punto de vista internacional, pueden constituir delitos de lesa humanidad, están consagradas también en este capítulo como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, siempre y cuando se cometan “con ocasión y en desarrollo” del conflicto armado interno. Es el caso, por ejemplo, de la tortura en persona protegida o del desplazamiento forzado cuando tienen lugar en un conflicto armado.

En consecuencia, el operador judicial tiene que identificar muy bien el contexto dentro del cual ocurrieron las conductas, para luego establecer de forma precisa si estas tuvieron o no lugar en desarrollo de un conflicto armado. Sin embargo, no se trata de una operación fácil, sobre todo porque la guerra civil no ha sido declarada formalmente en el caso colombiano, ni se trata de una guerra que tiene lugar en todo el territorio. Los hechos propios del conflicto armado tienen lugar en puntos del país todavía aquejados por situaciones similares a las categorizadas por Gabriel Almond y Lucian W. Pye, dos grandes autores de la tradición anglosajona, como *crisis de integración* y *crisis de penetración*.¹⁹

19 Estas crisis se originan en la incapacidad estatal de promover una burocracia nacional, garantizar las fuentes de percepción de los impuestos, estabilizar y regir un orden político y agenciar proyectos políticos comunes. En el contexto jurídico, esta crisis entraña la inexistencia de una territorialización efectiva del derecho.

Para mayor información, ver: Gabriel A. Almond, Bingham G. Powell Jr., Kaare Strøm & Russell J. Dalton, *Comparative Politics: A Theoretical Framework* (4ª ed., Longman Publishing Group, London, 2003).

A. Calificación del conflicto armado: consecuencias jurídicas disímiles ante perspectivas enfrentadas

Colombia no es un país en el cual la presencia estatal esté consolidada en todo su territorio. Por el contrario, este ha sido escenario de disputas entre diferentes actores, como las guerrillas y los grupos denominados de autodefensa o grupos paramilitares. Así mismo, en algunos lugares, el Estado fue sustituido por grupos irregulares; territorios donde no ejerció su presencia y en los cuales han tenido lugar toda clase de conductas delictivas, perpetradas, sobre todo, contra ciudadanos indefensos que viven en esos territorios y deben someterse a las reglas de verdaderos paraestados.

No debe olvidarse, además, que en el país hay dos posiciones enfrentadas, por decirlo de esta manera, respecto de la concepción que se tenga sobre el conflicto económico, político y social. Una de ellas, prohijada especialmente por la cabeza saliente del poder ejecutivo, aunque no ha sido monolítica y no lo es bajo el nuevo Gobierno, considera que en el país se vive una amenaza terrorista a una democracia en consolidación; la otra concepción, mayoritaria y compartida por todo el sistema judicial desde hace décadas, considera, si bien con rasgos absolutamente propios y heterodoxos respecto de otros países, que Colombia vive una situación de conflicto armado interno en diversos territorios.

En este orden de ideas, de la prevalencia de una u otra concepción dependen formas diversas de imputación de conductas. En otras palabras, si prevalece la idea del terrorismo, los operadores judiciales aplicarán, sobre todo, normas como el homicidio con fines terroristas, lesiones con fines terroristas, etc. Por el contrario, si prevalece la segunda concepción, como efectivamente ocurre de manera mayoritaria en el sistema judicial, los operadores imputarán conductas concebidas como infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En su caso, los fiscales

Lucian W. Pye, *Aspects of Political Development: An Analytic Study* (Little, Brown and Company, Boston, 1966).

de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, la Unidad de Justicia y Paz, los jueces de instancia y los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, afrontando las dificultades propias de imputar o calificar conductas que tienen lugar en escenarios poco ortodoxos, aplican normas que, como se dice, constituyen crímenes internacionales.²⁰ (Para la imputación de estas conductas, los operadores judiciales deben hacer uso de todo el desarrollo internacional que ha tenido el Derecho Internacional Humanitario y deben tener en cuenta la tradición colombiana de guerra y derecho, así como la especificidad del caso colombiano).

B. Los “actos de ferocidad y barbarie”: el legado del derecho público colombiano al derecho penal internacional

Precisamente, en desarrollo de la tradición mencionada desde un principio, de cómo la guerra en Colombia ha sido fuente de tematización jurídica –de su concepción como un fenómeno con relevancia jurídica para minimizar sus efectos nocivos–, en este país, el sistema judicial colombiano trabajó durante muchos años y a instancia de legislaciones penales anteriores a la vigente, con la noción de *delitos atroces*. De esta manera, diversos actos que hoy son imputados como infracciones al derecho internacional humanitario, fueron concebidos en su momento como delitos atroces, para castigar aquellas acciones de combatientes concebidas como acciones contrarias a las leyes de la guerra.

En este sentido, por ejemplo, en el caso de la regulación del *delito político*, ligado en la historia del país al delito de rebelión, el cual ha aplicado por tradición a miembros de la guerrilla, los actos ligados al combate, propios de la guerra, quedaban siempre incorporados al delito de rebelión, de tal manera que no se castigaban independientemente: se trataba de lo que se denominó *la complejidad del delito de rebelión*, concebido en la lógica de los conflictos armados internacionales. Es decir, el combatiente

20 Se aclara, al respecto, que el terrorismo o el narcotráfico no constituyen crímenes internacionales, de acuerdo con la exposición que se ha realizado a lo largo de este texto.

de las guerras internas ha sido asimilado, en la tradición colombiana, al combatiente de las guerras interestatales europeas.

En virtud de ello, incluso, si un guerrillero mataba a un soldado del Ejército estatal, no se le castigaba por dos conductas, sino que se le castigaba solo por rebelión, pues quedaban excluidas de esta operación y de este tratamiento aquellas conductas que constituyeran “actos de ferocidad y barbarie”, tal como lo consagraba el artículo 127 del Código Penal de 1980.²¹ También quedaban excluidos estos actos de las amnistías e indultos que, en desarrollos de procesos de paz, fuesen otorgados a miembros de la guerrilla que entregaran sus armas y se sometieran a la ley civil del Estado colombiano. Pero, ¿qué constituía, exactamente, *actos de ferocidad y barbarie*? Se trataba de aquellos actos contrarios al derecho de gentes, contrarios a disposiciones que hoy son propias del Derecho Internacional Humanitario, como asesinar a combatientes rendidos, torturar a personas que no participan de los combates, usar armas de destrucción indiscriminada, etc.²²

Un caso fallado por el máximo tribunal de la justicia penal ordinaria ilustra esta característica extraordinaria en la historia del derecho público colombiano. Los hechos son los siguientes: en la tarde del 12 de febrero de 1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca de la central de abastos, estalló una bomba cuando transitaba una patrulla del Ejército Nacional. Como consecuencia, resultaron muertos un soldado y dos colegiales, mientras que resultaron heridos un

21 El artículo 127 establecía lo siguiente: “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”. Se recuerda que esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia No. C-456 de 1997, bajo el entendido de que ella constituía una especie de amnistía generalizada para actores irregulares. En razón a la aplicación de normas favorables en el tiempo, la norma fue aplicada varios años después de la expedición de la providencia y, en todo caso, aún hoy numerosos operadores continúan haciendo referencia, en la parte motiva de sus decisiones, a las nociones de ferocidad y barbarie, así como también a la noción de delitos atroces: se trata de conceptos muy arraigados en la tradición del derecho público colombiano.

22 Para profundizar en el análisis de diversas providencias del juez penal colombiano, en el contexto de los crímenes atroces, el autor se permite la remisión al texto: Alejandro Aponte, *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, XXVII Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 81, 15-46 (2006).

capitán, el conductor de la volqueta que los transportaba y dos personas más. En este caso, la Sala Penal estableció lo siguiente:

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.²³

En esta sentencia, la Sala Penal se ocupó del fenómeno de la complejidad del delito de rebelión y del fenómeno de la conexidad, de acuerdo con el cual, como se ha dicho, los actos propios de la guerra, la muerte por ejemplo, no eran imputados de manera independiente, sino que quedaban incorporados al delito de rebelión. Así las cosas, lo que castigó la Sala Penal, en este caso, fue el medio utilizado por la guerrilla, el hecho de utilizar armas no convencionales y con poder de destrucción generalizado sobre la población civil. Es lo que la Sala Penal llama “tornar bárbaro el acto”.

Otro caso emblemático ilustra lo expuesto. En la providencia con radicado No. 12051 del 25 de septiembre de 1996, la Sala Penal estableció 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.²⁴

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de mayo de 1999, Radicado No. 12661. Magistrado ponente Nilson Pinilla-Pinilla.

24 Es necesario aclarar que el Código Penal vigente ha asimilado específicamente esta tradición, al consagrar, como infracción al derecho internacional humanitario, en el artículo 145, los *actos de barbarie*. Entre ellos, cometidos con ocasión del conflicto armado, y siempre y cuando no constituyan otros delitos, se consideran los actos de *no dar cuartel*, de *abandonar a heridos y enfermos*, de *atacar a una persona fuera de combate*, etc. Esta norma ya ha sido aplicada en una providencia judicial muy importante cuando, en la tipificación de delitos cometidos contra civiles que habían sido secuestrados por la guerrilla, entre ellos el posterior homicidio de estos, algunas de las acciones cometidas

El derecho de gentes, como estatuto regulador de los impactos de las acciones ligadas a la confrontación, es concebido como un marco general de interpretación de las normas. Con él, su sucedáneo: el Derecho Internacional Humanitario. En este caso, se trató de la activación de una carga de dinamita, en la ciudad de Medellín, lo cual le otorga un carácter específico a la acción, sobre todo por la posibilidad de generar consecuencias sobre los civiles. La carga explosiva se encontraba adecuada y preparada con metralla y otros elementos. Aun cuando la carga no produjo la muerte o heridas de civiles, la Sala Penal enfatizó los diversos daños que se ocasionaron en las edificaciones vecinas del sector.

C. “Humanización” del derecho internacional humanitario: un propósito jurisprudencial

En esta última providencia, la referencia a la protección de los civiles es clara y también lo es su necesaria protección en situaciones de conflicto armado. Incluso, la Sala Penal abordó el derecho humanitario desde una perspectiva filosófica y no meramente jurídica:

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 [...]. Solo 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.²⁵

se consideraron constitutivas de barbarie. Es muy interesante esta compleja decisión, además, porque la privación de la libertad de civiles se sancionó contra miembros de la guerrilla como toma de rehenes y, además, se sancionaron las muertes como homicidios en personas protegidas. Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Sentencia ordinaria mixta No. 20-06, 22 de marzo de 2006, consideraciones.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 de septiembre de 1996, Radicado No. 12051. Magistrado ponente Jorge Anibal Gómez-Gallego.

Con esta alusión al fin último del Derecho Internacional Humanitario, la Sala Penal expuso lo indicado hasta el momento: se acepta la tragedia de la guerra como un hecho fáctico con relevancia jurídica, se aplica el DIH, pero no con el propósito de promover la guerra o de aceptarla, sino con el propósito de acotar sus efectos, de regularla y, en última instancia, de acercar a los actores de la guerra para posibles procesos de paz, como ha sido el caso de Colombia. Se trata de procesos similares a aquellos que hoy algunos autores, con mucho sentido crítico e histórico, denominan la *humanización* del DIH.²⁶

Pero lo dicho anteriormente, también refuerza el papel del derecho penal en la sanción de aquellas conductas que, más allá de la tragedia de la guerra, no pueden ser toleradas. Esta es la importancia que para el caso colombiano tiene el castigo del homicidio en persona protegida, como aquella conducta que se ha escogido para el presente análisis: más allá de las justificaciones ideológicas de los actores de la guerra, más allá de cómo se ven ellos a sí mismos, más allá también de la justificación que funcionarios del Estado puedan adelantar frente a la comisión de infracciones al DIH, cuando estas llegan al sistema judicial, este debe castigarlas de manera más severa, tal como lo establecen las mismas normas que consagran penas más altas para estos tipos penales. A continuación, con base en ejemplos concretos, se hará referencia a la persecución penal nacional del homicidio en persona protegida, en su calidad de crimen de guerra concebido en el ámbito internacional.

26 Por ejemplo, Tamás Hoffmann explora la hipótesis de que la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadić*, constituyó una especie de vehículo para *humanizar* el Derecho Internacional Humanitario, al extender el margen de protección de los conflictos armados internacionales a aquellos no internacionales. Es un concepto muy sugestivo y, en relación con el caso colombiano, desde ahora se puede establecer que en nuestro país toda la jurisprudencia, tanto constitucional como penal, ha hecho enormes esfuerzos para *humanizar* –entendido como la extensión de su ámbito de protección a las personas protegidas–, el Derecho Internacional Humanitario. Tamás Hoffmann, *The gentle humanizer of humanitarian law: Antonio Cassese and the creation of customary law of non-international armed conflict*, en *Future perspectives on international criminal Justice*, 58-80 (Carsten Stahn & Larissa van den Herik, eds., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009).

D. *El conflicto armado: más allá del tiempo y lugar de las hostilidades*

Un primer problema fundamental que tiene lugar frente a la aplicación de las conductas expuestas, es el relacionado con la noción estrecha de combate que manejan algunos operadores. La Sala Penal lo ha definido de manera reiterada; por ejemplo, señalando que *combate es una acción que:*

*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. Es una confrontación que implica lucha de contrarios [...] que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler.*²⁷

No obstante, en los operadores surge un problema clave, a saber: ¿en qué momento tiene lugar un combate?, ¿cuándo tiene lugar exactamente esta lucha de contrarios? O lo que es lo mismo, ¿cómo se mide, en términos temporales, la noción “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”? Este hecho es fundamental, toda vez que se percibe, de manera general en los operadores, una restricción significativa de la noción de combate a la actual ocurrencia del mismo o, máximo, a su inminencia. De igual forma, el conflicto se liga, fácticamente, a la noción de combate. Esto hace que acciones cometidas, por ejemplo, por actores armados o por el Ejército, posteriores a un combate o ligadas indudablemente a las hostilidades, en los mismos territorios en los cuales las acciones bélicas han tenido lugar, no sean comprendidas como pertenecientes a la exigencia de ser cometidas “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”.²⁸

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de agosto de 1999, Radicado No. 13433, 43. Magistrado ponente Jorge Córdoba-Poveda.

28 Para profundizar en el análisis específicamente penal, relacionado con el homicidio en persona protegida, con talleres de caso y estudios de ámbitos de imputación para este delito, el autor remite al texto de Alejandro Aponte, *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida* (Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2008). Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/imputabilidad/documentos/Protocolo_para_reconocimiento_de_casos.pdf.

Para citar un ejemplo, en el caso con radicado No. 23472 del 13 de abril de 2005, en el cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictó un auto para resolver una colisión de competencia, se presentó la discusión acerca del tipo de conducta cometida y también de la existencia o no de conflicto armado y de sus características.

El caso, narrado por la Sala Penal, es el siguiente: el 24 de noviembre de 2003, un contingente de soldados, al mando del teniente correspondiente y “perteneciente al Batallón de Infantería del Ejército Nacional, inició un operativo tendiente a contrarrestar la acción de grupos denominados paramilitares”. Previamente, a las 8 de la mañana, varias personas “salieron del municipio de Acacías [departamento del Meta] con destino a San José del Guaviare [departamento de Guaviare], transportándose en un campero y una camioneta. Aproximadamente a las 10 de la mañana, los dos grupos se encontraron en el sector conocido como ‘El cruce de la Calandria’, jurisdicción del municipio de San Martín (Meta). Los ocupantes de los vehículos se bajaron y se pusieron a disposición de la autoridad”.²⁹ No obstante,

*[...] alrededor de las 12:30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de estos por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El teniente [Dairo Clemente] Fajardo-Barco destruyó los documentos de identidad de las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran ‘paramilitares’ que los habían agredido, generándose un combate, y que en el cruce de disparos, fallecieron.*³⁰

En este proceso se presentó una colisión de competencia entre dos juzgados de la justicia penal ordinaria y, al mismo tiempo, se presentó la disputa, en la Sala Penal, sobre si el conocimiento de los hechos correspondía a la justicia penal ordinaria o a la

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472, 2. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472, 2. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.

justicia penal militar. En el escrito de acusación, del 23 de julio de 2004, en vigencia del nuevo Código Penal, los militares fueron acusados por el delito de homicidio agravado por indefensión de las víctimas, en concurso material con otros delitos. Ahora bien, el avance interesante en este caso está dado por un conflicto de competencia que fue promovido por uno de los juzgados, en virtud del cual se aducía que no se trataba de homicidios agravados sino de homicidio en personas protegidas. Es decir, se planteó la discusión de fondo sobre la posible comisión de infracciones al DIH.³¹

A pesar de la discusión importante generada por los juzgados de instancia, la Sala Penal consideró, no obstante, que las personas muertas no tenían calidad de personas protegidas. En este sentido, aun cuando citó numerosas normas de derecho humanitario, consideró que:

*en el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario.*³²

Se trató, como se ha dicho, de una acción no generada propiamente en desarrollo de un combate, pero que sí tuvo lugar en un territorio agobiado permanentemente por situaciones ligadas al conflicto armado interno.

31 En el caso de las infracciones al DIH y de aquellos delitos que nos competen más directamente en el análisis, los jueces, denominados *jueces especializados*, son aquellos que tienen la competencia sobre estos delitos. Ello, a pesar de que incluso sería un problema de redacción de la norma penal, dentro del homicidio agravado, sin que corresponda al título sobre DIH, existe también agravación por el homicidio cometido en persona protegida. Es decir, desde el homicidio ordinario, se hace referencia a personas protegidas y, en este caso, la competencia no es de los jueces especializados. Esta imprecisión ha generado confusión en los operadores, hecho que ha sido estudiado por la Sala Penal que, en providencia que se reseñará en los próximos apartes, introduce una solución muy loable al problema planteado por las normas. Mucho tiempo se pierde en estos avatares relacionados con la competencia, de tal manera que las implicaciones sobre los procesos y sobre la adecuada reconstrucción de las pruebas son muy grandes y concretas. Todo el sistema penal se resiente con estas dificultades.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472, 9. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.

Dos hechos muy interesantes se presentan aquí: uno está relacionado con la dificultad para concebir la existencia del conflicto armado y, el otro, que confluye con el anterior, está ligado con el problema para delimitar la noción de combate. Así, si no se presenta una inmediatez absoluta del mismo, no se considera su existencia y se desconoce, por ende, el mismo conflicto armado. No obstante, hoy existe más claridad en el sistema judicial sobre este hecho; además, y ello es claro, procesos como el de Justicia y Paz no podrían llevarse a cabo coherentemente pues, de hecho, en él se vienen juzgando precisamente acciones cometidas fuera de cualquier opción de combate y contra civiles desarmados e inocentes. A nuestro juicio, y reconociendo desde luego que se trata de un tema muy complejo, en el caso que se reseña, la Sala, tal como lo hizo uno de los jueces de instancia, debió haber reconocido las personas muertas en falsos combates como personas protegidas. Precisamente, debió tener en cuenta la simulación de combate con el propósito de dar muerte a los civiles, para darle sentido de manera coherente a la noción de persona protegida.³³

E. Conflicto armado interno y límites para el juzgamiento de los delitos

Pero el problema que se suscita con este caso es más complejo aún: uno de los magistrados, con una posición reiterada en varios salvamentos de voto, consideró incluso que no se trataba de una colisión de competencia dentro de la justicia ordinaria, sino que el caso correspondía a la justicia penal militar. Así, según el magistrado:

³³ Es una conclusión que debe, no obstante, matizarse. En diversos talleres que ha adelantado el autor del presente texto con operadores judiciales, tanto de la justicia penal ordinaria como de la justicia penal militar, algunos de ellos han introducido una variante posible del caso, de acuerdo con la cual, si se trató, más que de acciones armadas para contrarrestar enemigos militares, de homicidios con el propósito de hurtar a comerciantes que llevan dinero en efectivo en esta zona, en este caso, esos homicidios serían más homicidios agravados que homicidios en personas protegidas. Es muy buen argumento y, en todo caso, hay que tener siempre claro que no todas las acciones que se cometen en un escenario de conflicto armado interno son crímenes de guerra o, en nuestro caso, infracciones al derecho internacional humanitario.

la colegiatura ha debido abstenerse de pronunciarse al respecto dado que ninguno de los jueces en conflicto es competente para conocer del asunto, y en ese orden, lo que correspondía era devolver el proceso al juzgado de origen para que formalmente planteara la colisión de competencias con los jueces de la justicia penal militar [...] lo anterior, por cuanto los delitos [...] aquí juzgados, corresponden a un abuso y desvío de la función que la Carta asigna al Ejército Nacional, y por ende, tal como se entendió al comienzo de la investigación, estaban cobijados por el fuero militar.³⁴

Debe aclararse, al respecto, que desde 1997, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional No. C-358, ha quedado claro que respecto de las conductas que constituyen violaciones de derechos humanos o al DIH, no corresponde su investigación y juzgamiento a la justicia penal militar. Incluso, tal como lo desarrolló la sentencia, de acuerdo con el principio de lesividad, homicidios agravados o violaciones, por ejemplo, sobre mujeres, no pueden ser asumidos por la justicia ordinaria. Es una providencia que ha sido hoy recogida y ampliada en toda suerte de aspectos, por la Corte Constitucional.³⁵ No obstante, persisten los conflictos de competencia, a pesar de la claridad de las numerosas providencias.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472, 11. Salvamento de voto, magistrado Édgar Lombana-Trujillo.

35 A manera de ejemplo, además de la providencia fundamental de la Corte Constitucional No. C-358 de 1997, en la cual la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de algunas normas del Decreto 2550 de 1988, *por el cual se expide el Código Penal Militar*, se reseñan las siguientes providencias de la Corte Constitucional sobre el tema en estudio: Sentencia No. C-017 de 1996 [magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero], que hace relación a la distinción entre régimen disciplinario especial y fuero disciplinario y a la inexistencia de un fuero disciplinario de los miembros de la Fuerza Pública; Sentencia No. C-368 de 2000 [magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz], en la cual se abordan fenómenos relacionados con la desaparición forzada y su exclusión del fuero penal militar; y Sentencia No. C-878 de 2000 [magistrado ponente Alfredo Beltrán-Sierra], esencial porque en ella se establece la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 3 y 195 del Código Penal Militar. En el caso del artículo 3, se establece que la desaparición forzada, el genocidio y la tortura, que no son de ninguna forma materia de juzgamiento de la justicia penal militar, constituyen meros ejemplos dados por el legislador; no se trata, en consecuencia, de una enumeración taxativa. Ello, en concordancia con el inciso 2, del numeral 4 del artículo 32 del Código Penal, que excluye estas mismas conductas –y desde luego no de manera taxativa– de la figura de la obediencia debida.

F. Aplicación errónea de tipos penales convencionales

Un aspecto central que hace relación al gran déficit de persecución penal de las conductas que nos atañen, no solo tiene que ver con el hecho de que el sistema penal no asume el conocimiento de estos delitos, sino que cuando lo hace aplica las normas de carácter tradicional; es decir, aplica tipos penales convencionales. Así, por ejemplo, en el caso reseñado, en el cual civiles fueron muertos por militares y las ejecuciones se hicieron pasar por muertes en combate, la justicia penal encontró que se trató de un homicidio agravado por indefensión de las víctimas. Esta forma de adecuación típica, que tradicionalmente se ha aplicado en casos tales como aquellos donde se presenta la muerte de una persona minusválida o de quien no puede valerse por sí mismo, es aplicada, no obstante, a conductas propias de conflictos armados.

Lo expresado se observa en otro caso escogido para el análisis, en el cual el 30 de mayo de 2004, según reza un auto proferido por la Sala Penal de la Corte:

cuatro sujetos irrumpieron en la finca Villa Luz ubicada en zona rural del municipio de Sabana de Torres, Santander, y tras requerir la presencia de Bárbara Gómez-Guerrero, propietaria del predio, procedieron a dispararle causándole la muerte [...] De acuerdo con la denuncia que formuló Fernando Campos-Gómez, el homicidio fue perpetrado por miembros de las 'Autodefensas Unidas de Colombia', quienes el día anterior habían requerido a la señora Bárbara para que alojara a dos miembros de esa organización armada ilegal en su vivienda, solicitud que ella rechazó. Igualmente, hizo saber que conocía a uno de los cuatro hombres que dio muerte a su madre [...], persona ampliamente reconocida en la región como integrante del referido grupo.³⁶

El 29 de septiembre de 2005, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra los sindicados por el delito de homicidio agra-

36 En palabras de la Sala, esta debe decidir sobre “la colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, en virtud de la cual rehúsan conocer del juicio adelantado en contra del procesado Jhon Fredy Caicedo Rincón”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero de 2006, Radicado No. 25111, 1. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.

vado por indefensión de la víctima. El conflicto de competencia se presentó cuando el juzgado del circuito aseguró que los delitos cometidos correspondían en su juzgamiento a los juzgados especializados, pero sin que se presentara el debate sobre la noción de persona protegida. Por su parte, al dirimir la competencia, la Sala Penal hizo referencia al carácter de los actores, en este caso, de miembros de grupos paramilitares, asumiendo el estudio de la noción de concierto para delinquir y, frente a él, el de sedición. Son estos problemas muy interesantes y complejos relacionados con la Ley 975 de 2005 que otorgó, antes de ser declarado ello inconstitucional por la Corte Constitucional, carácter de sediciosos a miembros de grupos de autodefensa; es decir, la Ley de Justicia y Paz, en su versión inicial, los concibió en el horizonte del delito político.

La Sala, justo en razón de la tradición colombiana de excluir delitos atroces del marco del delito político, tal como se anotó al comienzo de este informe, hace referencia al homicidio en las condiciones en que se cometió, como un *acto atroz* desligado de la sedición. Sin embargo, en toda la reflexión no aparece por ninguna parte lo que es absolutamente evidente: el carácter de persona protegida de la señora asesinada cobardemente. Se puede argumentar, en aras de la confusión y degradación del conflicto armado colombiano, que miembros de un grupo irregular pueden cometer delitos comunes, como de hecho sucede. No obstante, cuando se trata de grupos organizados, con mandos, con jerarquías, que ejecutan actos planeados concienzudamente, que ejercen presencia territorial permanente, como es este el caso, ese asesinato es producido en desarrollo del conflicto armado, por combatientes –léase sediciosos– y sobre una persona protegida.

La Sala Penal cruza en su argumentación todo el problema de fondo: el carácter de sediciosos de los sindicatos, la Ley de Justicia y Paz que les otorga ese carácter, la presencia territorial de los actores, el mando y la jerarquía; con todo, olvida una cuestión sustancial: el carácter de la víctima. De esta forma, la Sala presenta un retraso notorio en su adaptación a las nuevas exigencias que impone el derecho penal internacional, el uso

sofisticado del bloque de constitucionalidad, el uso correcto y la interpretación consistente del Derecho Internacional Humanitario. Así, el conflicto de competencia se resuelve de manera habitual, con recursos argumentativos tradicionales en el juez penal, con aplicación de tipos penales convencionales y con argumentos procesales referidos a pequeños incisos, pasando por alto la discusión de fondo atinente a la interpretación correcta de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales. Se trata hoy, no obstante, de una tendencia que viene siendo superada por la misma Sala Penal de la Corte que, sobre todo en el año 2010, se detiene con mayor juicio a decantar las características de un delito tan complejo.

G. Avance cualitativo en la persecución penal del homicidio de persona protegida

No obstante la conclusión inmediatamente expuesta y más allá de los autos reseñados con anterioridad, la Sala Penal, en providencia del 27 de enero de 2010, resolvió un recurso extraordinario de casación interpuesto contra providencia del 28 de agosto de 2008 –en este caso, se debe destacar la celeridad en la solución de la demanda–. El caso, típico de actuación de miembros de grupos de autodefensa en un municipio de la zona norte del país, narra la muerte de miembros de un grupo indígena calificados por los homicidas como auxiliares de la guerrilla. Las muertes se produjeron en diferentes lugares, algunas personas fueron muertas en el acto, mientras que otros indígenas fueron muertos luego de ser raptados por hombres armados.

1. Es irrelevante la calificación sobre las víctimas que adelantan los autores

La Sala recoge argumentos muy sólidos adelantados por la vista fiscal del Ministerio Público, en los cuales se hace relación a dos cuestiones fundamentales resaltadas en este escrito. Una de ellas: la Sala sustrae del ámbito discursivo de los actores la calificación

de sus acciones y, sobre todo, la calificación de las víctimas. Es decir, no se enreda en el alegato de los actores sobre las víctimas, ni en la autorrepresentación de los mismos, sino que hace relación a la aplicación directa de las normas humanitarias a partir de hechos fácticos propios del conflicto armado; la segunda: no restringe el conflicto al combate y, por tanto, concibe las personas muertas como civiles inermes muertos fuera de combate, pero en escenarios de conflicto armado.³⁷

2. Un aporte a la claridad sobre la noción de persona protegida en el Código Penal

La Sala enfrenta, en primer lugar, un tema expuesto anteriormente: la aparente repetición en que incurre el Código Penal vigente, entre el numeral 9 del artículo 104 y el artículo 135 que hace relación genérica a personas protegidas. En este sentido, resuelve el dilema haciendo alusión a los antecedentes legislativos de la norma, para luego establecer que el numeral 9 del artículo 104 restringe al ámbito de aplicación de persona internacionalmente protegida, a aquellas personas establecidas en el artículo 1, numeral 1, de la Ley 169 de 1964; es decir, a jefes de Estado o personas de similar jerarquía. Ello, mientras que el artículo 135 sí hace relación a personas protegidas por el DIH. Se trata, como lo dice la Sala en otro auto que resuelve un conflicto de competencia similar, de un tipo penal “distinto y autónomo, con riqueza descriptiva mucho más amplia y, por ello, con alcances diferentes, dirigidos precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas”.³⁸

Se trata de una salida posible frente a los dictados de una norma que, por su referencia tan general, causa confusión a los operadores puesto que, en realidad y propiamente, *personas protegidas* son las personas traídas a colación por el artículo 135.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de enero de 2010, Radicado No. 29563. Magistrado ponente Julio Enrique Socha-Salamanca.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 16 de septiembre de 2009, Radicado No. 32583. Magistrado ponente Jorge Luis Quintero-Milanés.

Así las cosas, es necesario seguir este precedente judicial para evitar las confusiones que acarrearán un desgaste judicial innecesario y generan contextos problemáticos de imputación de las conductas. Más adelante, con buen criterio, la Sala desarrolla argumentos para comprender el alcance y el significado de la noción de persona protegida según el artículo 135; argumentos que deben guiar el trabajo de los operadores y que coinciden con el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional que en este trabajo ha sido destacado.

H. Los “actos de barbarie” en contextos de conflicto armado interno

Se debe agregar, además, que en un reciente auto que resuelve otro conflicto de competencia, de diciembre de 2009, la Sala aborda un caso según el cual miembros del Ejército, actuando en conjunto con miembros de grupos irregulares, perpetraron dos *masacres* de civiles inocentes. Fue capturado un miembro del grupo irregular, este se acogió al mecanismo de sentencia anticipada y es interesante destacar que se imputaron cargos por concierto para delinquir, homicidio múltiple en personas protegidas y “actos de barbarie”, de acuerdo con el artículo 145 del Código Penal.

Es decir, para la Fiscalía, la *masacre*, con criterio acertado, en escenarios de conflicto armado, constituye un conjunto de homicidios en personas protegidas, pero el contexto general en el cual se comete, puede ser concebido como *actos de barbarie*. Esta norma es residual, solo se aplica cuando no existan otras normas para aplicar y, en general, puede decirse que se aplicaría a contextos fácticos complejos que no necesariamente constituyen delitos independientes (de lo contrario, habría un caso de concurso aparente).³⁹ Es una norma que debe interpretarse, además, en el marco de la tradición colombiana de delitos atroces

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 9 de diciembre de 2009, Radicado No. 32949. Magistrado ponente Jorge Luis Quintero-Milanés.

y en función de las nociones que en su momento guiaron el juicio de los jueces, de “actos de ferocidad y barbarie”.

I. Los denominados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, como homicidios en personas protegidas

Se agrega, finalmente, que la Sala Penal de la Corte avanza en la denominación más adecuada de aquellos casos conocidos como *falsos positivos*. Se trata, para explicar el caso desde el punto de vista del derecho comparado, de personas muertas sin piedad, fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que luego son puestas en escena como “positivos”; en otras palabras, como “logros” de las fuerzas armadas frente a las guerrillas. Numerosos hechos ligados al escandaloso número de casos ventilados y denunciados en 2009, se encuentran en etapa de investigación y aún no llegan a la etapa de juzgamiento. Sin embargo, la Sala se ha ocupado de casos anteriores a la vigencia del Código Penal y los ha resuelto teniendo en cuenta el principio de legalidad, lo que es correcto si se trata de casos anteriores a la vigencia del Código Penal. No obstante, lo interesante es que se discute, en el sistema penal, sobre el hecho de que se trata ante todo, en la gran mayoría de los casos, de homicidios en persona protegida.

Así se ventiló, por ejemplo, en otro proceso que suscitó un conflicto de competencias. Este caso, en virtud del cual se produjo la muerte de civiles fuera de combate, en un principio fue asumido por la justicia penal militar. Hubo sobreseimiento, pero se trató de una decisión revocada y el proceso, como es debido, fue asumido por la justicia penal ordinaria, donde ocurrió un hecho interesante, tal como reza en el auto:

La Juez Penal del Circuito de Cauca aduce que de conformidad con los hechos probados se trata de un ‘falso positivo’, es decir, de la muerte de un civil acaecida fuera de combate en procura de obtener beneficios, conducta que se adecúa al delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, en cuanto se trata de un integrante de la población civil (artículo 135 de la Ley 599 de 2000), cuya competencia para la fase del juicio corresponde a los jueces penales del circuito especializado (artículo 35 de la Ley 906 de

2004), comportamiento que si bien no estaba tipificado para la época en que ocurrieron los hechos (1999) lo cierto es que desde julio de 1978, Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y desde 1970 ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.⁴⁰

La Sala Penal, como es evidente, rechazó la argumentación de la jueza en función del principio de legalidad, lo que constituye una cuestión que debe recalcar: no se pueden deducir tipos penales *ad-hoc*, inexistentes al momento de los hechos, utilizando para ello los Tratados o instrumentos internacionales. Es un procedimiento en el cual se incurre, con base en la confusión entre ámbitos de protección de derechos humanos diferentes entre sí, tal como se ha reseñado en este escrito. Esta es, además y así hay que defenderla, una postura clara hoy de la Sala Penal en procesos tanto más complejos, como es el caso del proceso de Justicia y Paz: debe prevalecer el principio de “legalidad estricta”.⁴¹ Es muy interesante y rescatable la argumentación que hace la funcionaria respecto de cómo estos casos de muertes fuera de combate, en función de beneficios en la guerra, constituyen casos claros de homicidios en personas protegidas y no de homicidios agravados.

El tema es de legalidad y se deben imputar las normas vigentes a la ocurrencia del hecho, pero una salida posible y coherente con estos límites radica en la fundamentación en torno a la comisión de crímenes internacionales; el énfasis radica en los argumentos que se usan en las providencias. Hoy, en teoría del derecho y teoría de la interpretación constitucional y legal, es clara la importancia cada vez mayor que adquiere la parte motiva de las providencias, la fundamentación de las mismas. Por eso, se insiste, se deben aplicar las normas vigentes al momento de

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 9 de febrero de 2009, Radicado No. 31210. Magistrada ponente María del Rosario González-de Lemos.

41 De manera concluyente, la Sala afirma: “Así, los hechos referidos en los casos (...) sucedidos antes de entrar la Ley 599 de 2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 11 de marzo de 2010, Radicado No. 33301. Magistrado ponente Alfredo Gómez-Quintero.

los hechos, pero los jueces pueden y deben destacar en formas argumentativas sofisticadas, lo que en la realidad sociológica ocurrió y el significado real de las conductas, de acuerdo con el contexto en el cual ellas se cometieron.

Se trata, además, de un procedimiento recurrente en el sistema judicial que ha preservado el principio de legalidad, pero ha ilustrado los hechos como corresponde, en desarrollo del derecho a la verdad de las víctimas. Por ejemplo, en el caso especialmente crítico de las masacres de “Honduras”, “La Negra” y “Mejor Esquina”, ocurridas en vigencia del Código Penal anterior, la Sala Penal, en providencia de casación, sanciona las conductas de homicidio con fines terroristas y acciones concebidas en esta lógica, pero argumenta —y la vista fiscal de la Procuraduría es muy importante en ello— en función de la comisión de crímenes internacionales.⁴²

En la misma dirección comentada frente a este grupo de casos concebidos como *falsos positivos*, y aunque también aquí se respetó el principio de legalidad como era debido, la Sala Penal se pronunció por vía de casación penal, en otra decisión muy reciente, pues en virtud de ella, los casos de *falsos positivos* no se ven como acciones individuales, sino cohesionadas por órdenes de superiores jerárquicos.⁴³

V. NUEVAS EXIGENCIAS RESPECTO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE FÓRMULAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Al hacer referencia a una tendencia hoy insoslayable de la jurisprudencia penal internacional, consistente en elaborar fórmulas de imputación de responsabilidad penal a superiores jerárquicos o, en todo caso, fórmulas más ligadas a la responsabilidad de aquellos que no son necesariamente los autores materiales de los delitos, se hace referencia con ello al avance necesario,

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 de octubre de 2001, Radicado No. 18499. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de octubre de 2009, Radicado No. 25682. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.

también en el ámbito nacional, en la deducción de fórmulas más adecuadas de imputación de responsabilidad penal. Así, el juez penal colombiano de mayor jerarquía avanza lentamente en este proceso.

No obstante, la Fiscalía, en la Unidad de Justicia y Paz, por ejemplo, desde hace varios años, ya ha desarrollado fórmulas más adecuadas de imputación de responsabilidad en contextos propios de la macrocriminalidad, como la fórmula de autoría mediata en estructuras organizadas de poder. En este sentido, en un caso en el cual un indígena fue hallado responsable, como miembro de un grupo guerrillero, de cometer diversas conductas imputadas, la Fiscalía establece la “necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como son los grupos subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas”.⁴⁴ La Fiscalía se adentra en el estudio de las tesis de Claus Roxin, cita textualmente al profesor alemán, hace relación a la fungibilidad del autor y concluye:

Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula [...] pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global.⁴⁵

Se trata de una posición doctrinal que se ha repetido en el ente investigador, al mismo tiempo que ha sido asumida por diversos jueces de la justicia especializada. El punto de partida necesario es el hecho de tratarse de macrocriminalidad, de violaciones masivas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de máquinas de guerra que cometen toda suerte

44 Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Radicado No. 1556, 13 de mayo de 2005, 24.

45 Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Radicado No. 1556, 13 de mayo de 2005, 24.

de crímenes internacionales.⁴⁶ Por supuesto, también dentro del proceso de Justicia y Paz, aunque esta posición no es aún mayoritaria, se viene discutiendo la posible aplicación de esta teoría. En todo caso, ya es un logro fundamental de la Unidad, por disposición directa de su coordinador Luis González, que se deben investigar no conductas aisladas, sino hechos propios de la macrocriminalidad; que se deben investigar conductas que confluyen en acciones de grupos o máquinas organizadas.⁴⁷ Este es el principio, bien sea que se aplique la tesis problemática de *Joint Criminal Enterprise*, JCE, por ejemplo, o la teoría del *control over the crime*, más semejante al “dominio funcional del hecho”, o la tesis de autoría mediata en estructuras organizadas de poder.

A. La Sala Penal: avance tortuoso hacia fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico

En relación con esta última fórmula que se viene comentando, se debe anotar que desde 2009 especialmente, se han venido produciendo discusiones interesantes en la Sala Penal de la Corte, por ejemplo, y en función del avance en la argumentación, en cuanto a la atribución de responsabilidad a superiores jerárquicos, incluso si ellos no pertenecen directamente a la cúpula militar de una máquina de guerra. Así, la Sala Penal de la Corte, en una providencia de septiembre de 2009, hizo referencia a los aparatos de poder o a máquinas de guerra, pero se extraña un

46 Por ejemplo, en otra decisión de la misma Unidad, la Fiscalía sienta su posición frente a la autoría. Así, reconoce y en ningún caso elude el hecho de que la responsabilidad penal es individual; no obstante, considera que las complejas actuaciones de individuos que operan en organizaciones o estructuras de poder, “no se pueden construir con los baremos del delito individual”. La Fiscalía cita a Claus Roxin y su tesis central del dominio del hecho por dominio de la voluntad en organizaciones de poder. Se trató de un caso en el que más de 40 sujetos activos fueron individualizados; es decir, los hechos atendieron a una verdadera estructura o aparato de poder. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Radicado No. 2000, 3 de octubre de 2005, 136 y ss.

47 Alejandro Aponte, *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, en *Segundo Informe*, 17-86, 76-77 (Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009). Disponible en: http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf.

proceso de fundamentación mayor. En esta providencia, con radicado No. 29640 del 16 de septiembre de 2009, se sancionó a un político del Departamento de Santander por concierto para delinquir agravado. En este contexto, la Sala recogió uno a uno testimonios que involucraban al senador Juan Francisco Prada-Márquez, *Juancho Prada*, con grupos paramilitares y que, además, involucraban a funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en la región, etc. La Sala, a partir de esta conexión, enfatizó el hecho de que no se trató de un mero aprovechamiento con fines políticos de la actuación de grupos ilegales, sino de una verdadera actuación programada y coordinada a lo largo, además, de un tiempo considerable: existe un acervo probatorio muy importante.

De esta manera, la Sala sancionó al político por concierto para delinquir agravado y, prácticamente, definió su pertenencia a la empresa paramilitar. Sin embargo, luego la providencia dio un salto imprevisto, toda vez que diversos magistrados agregaron una aclaración de voto respecto de la sentencia, siendo especialmente severos y, en relación con el tema que nos interesa, hicieron referencia a aparatos organizados de poder, pero mezclando esta referencia, entre otros, con temas de coautoría. Al final de la aclaración, la Sala estableció que el modo de pertenencia a un aparato organizado para delinquir del político, "...permite avizorar que el congresista-paramilitar también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se les atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal".⁴⁸

Pero no debe hacerse una referencia tan abstracta. Hay que diferenciar, por lo menos, entre órdenes genéricas, por ejemplo, de comisión de crímenes y aquellos delitos que se cometen por fuera de esas directrices, incluso si son cometidos aprovechando el aparato organizado. La sola noción de "jefes" y su asimilación

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de septiembre de 2009, Radicado No. 29640, adición de voto de los magistrados Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González-de Lemos y Augusto Ibáñez-Guzmán, enunciado final.

al aparato en sí, no indica, por sí misma, que la teoría sea aplicada automáticamente. Además, y esto es lo fundamental, se extraña la falta de ilustración de la teoría. Ella no se explica. Si son decisiones que sirven de antecedentes, deben tener una carga argumentativa fundamental. En este caso particular, la reconstrucción probatoria es bien interesante y, por ello, esa reconstrucción debería ofrecer las opciones para una fundamentación mayor de la decisión.

B. Autoría mediata en estructuras de poder mediante “instrumento responsable”

No obstante lo anterior, la Sala avanza en complejidad y en sofisticación argumentativa. De esta forma, en 2010 parece consolidarse esta tendencia de avanzar en fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico, en la medida en que la Sala problematiza las teorías y enfrenta sus dilemas. Por ejemplo, en providencia del 23 de febrero de 2010, la Sala abordó de nuevo el tema y, además, se enfrentó al hecho de la existencia de diversas formas de autoría que pueden tener lugar en un mismo sujeto activo. Así, en esa providencia, dictada contra el ex senador Álvaro Alfonso García-Romero, vinculado con actos delictivos concretos llevados a cabo por grupos paramilitares, la Sala Penal destacó que lo hizo, frente a un delito concreto, como determinador.

En otros, más graves aún, sobre los cuales ha existido con justa razón indignación, no solo nacional sino sobre todo internacional, la Sala atribuyó responsabilidad por autoría mediata. Se trata, en este último caso, de la masacre de Macayepo. Pero aquí la Sala, en su dificultad frente al reproche que se le puede hacer a la tesis de autoría mediata, sobre la responsabilidad del autor material, sancionó al político por autor mediato, pero introduciendo un matiz: él actúa por intermedio de un *instrumento responsable*. Para ello y enfrentando el tema de la responsabilidad, muy bien reconocido desde el principio, además, por Claus Roxin, la Sala reconoce que debe cambiar su postura, por lo que advierte el avance conceptual alrededor de la figura:

*En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata solo se presenta, "... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el 'hombre de atrás' es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad excluyente de antijuricidad o de subjetividad— o es inimputable".*⁴⁹

La salida, ahora, es la noción de "*instrumento responsable*", aunque la Sala no parece salir del escollo de la responsabilidad del ejecutor material y, salvo por la no alusión al acuerdo previo o a la división de trabajo, la argumentación parece más sobre coautoría impropia que, dicho sea de paso, es completamente anacrónica e inidónea para dar cuenta de la macrocriminalidad. Dice entonces la Sala:

*Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes—gestores, patrocinadores, comandantes— a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada—comandantes, jefes de grupo— a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados—soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos—, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.*⁵⁰

C. El fantasma paralizante de la posible impunidad

Está bien, se diría, la salida, en la medida en que se actúa por medio de instrumentos que, empero, son responsables. Pero la Sala se enreda con el tema de la impunidad. Esto es importante aclararlo: por supuesto que si se logra capturar o verificar, con

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de febrero de 2010, Radicado No. 32805. Magistrado ponente María del Rosario González-de Lemos. En este caso emblemático, la Corte sentenció a 40 años de prisión al ex senador Álvaro Alfonso García-Romero.

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de febrero de 2010, Radicado No. 32805, numeral 2. Magistrado ponente María del Rosario González-de Lemos.

las limitaciones del caso, al superior jerárquico, a los mandos medios y a los ejecutores materiales, se deben castigar y ello es lo ideal; pero, ¿y si no se conocen los ejecutores materiales? Allí encuentra su fundamento político-criminal la teoría que se estudia, precisamente para hallar, en el secreto de los crímenes, a aquel que ha dado las órdenes generales, aquel que ha dispuesto todo para la comisión de crímenes que se adelantan con órdenes fragmentadas y compartimentadas, y no para gastar años en perseguir autores materiales fungibles, muchos de ellos casi contingentes. Es un problema de cultura jurídica y política frente al problema de la impunidad.

En ello es justamente agresiva la teoría. Tal como lo estableció Claus Roxin desde un principio, al contrario de fórmulas tradicionales de autoría, en las cuales la *cercanía* del autor frente al hecho material consumado o ejecutado, fundamenta su responsabilidad, en esta teoría, es justamente la *lejanía* del hombre de atrás, de los hechos, lo que sirve de fundamentación. Parece una conclusión contraintuitiva, pero es ello lo que la convierte en más sugestiva; es ello lo que demuestra su consistencia con realidades fácticas.⁵¹ No se debe perder de vista, en todo caso, que es necesario buscar acotar la imputación de la fórmula, de tal manera que se pueda distinguir también entre las diversas órdenes o entre estas y hechos cometidos más allá de toda orden. Por ejemplo, es importante, en el proceso de imputación, distinguir cuándo se dan órdenes genéricas, acordadas, definidas, como los asesinatos selectivos, los desplazamientos, etc. o, en el caso de guerrillas, órdenes de secuestro o retenes ilegales, para diferenciar estos hechos, de acciones particulares adelantados por ejecutores materiales.⁵²

51 Dice Roxin: "...mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida del dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato". Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 274 (7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000).

52 Por supuesto, aquí se hace relevante, por otra vía, el tema de la omisión, de la falta de control por parte de los superiores jerárquicos; sin embargo, hay que introducir distinciones y matices.

Por ejemplo, en versión rendida por un jefe paramilitar desde Estados Unidos en el proceso de Justicia y Paz, en febrero de 2009, al ser interrogado por un hecho concreto de un subalterno y respecto del cual el postulado no tenía claro si había sido cometido obedeciendo órdenes generales, o simplemente en ocasión de una riña personal del autor material con la persona muerta, el fiscal le recordó incluso al versionado que no estaba obligado a asumir responsabilidad por hechos respecto de los cuales desconocía su real motivación, indicándole que no debía asumir todos los hechos cometidos por sus subalternos por simple cadena de mando, puesto que algunos de estos eran cometidos por iniciativa propia y sin seguir los postulados propios de la organización. Según el fiscal, por estos hechos, cada uno de los autores materiales debía responder por fuera del proceso de Justicia y Paz. Lo interesante del caso, para resaltar más allá de las cuestiones de competencia del proceso como tal, es la diferencia que introduce el fiscal y que parece muy razonable: por hechos aislados o perpetrados con motivaciones diferentes, que no hacen parte de los designios del aparato, deben responder los ejecutores materiales. El hecho real es que es necesario seguir depurando la teoría con base en los hechos concretos.

VI. “LLENAR TODOS LOS VACÍOS DE IMPUNIDAD”: UNA PRETENSIÓN IMPOSIBLE

En cualquier caso, el dilema surgido por la pregunta sobre a quién se castiga y a quién no, con recursos limitados, es ciertamente casi una aporía. Pero no se resuelve discursivamente. Es común oír, por ejemplo, cuestiones como “es necesario llenar las lagunas de punibilidad”. De acuerdo con ello, habría que perseguir hasta el último delincuente y el último delito: pero esto, incluso si es de muy buena fe en juristas, no es coherente con la realidad, con ninguna realidad a la cual se enfrenta el derecho penal; menos aún, con la realidad de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Es un tema planteado desde

los albores mismos del derecho penal moderno; se trata de la importancia fundamental del *carácter fragmentario* del derecho penal que no significa o entraña necesariamente impunidad.

Por esa razón, incluso desde el punto de vista estrictamente dogmático, no es posible “llenar esos vacíos de punibilidad”; al contrario, en este esfuerzo se ahoga el sistema judicial, se encierra en un círculo vicioso y lo condena al fracaso: mucho de este ímpetu tiene lugar en el proceso de Justicia y Paz y el país ve cómo grandes esfuerzos se pueden perder por exigencias irresponsables e inconsistentes, vistas ciegamente solo como ejemplos de impunidad. Obligar a un fiscal a reconstruir cada hecho de los miles que se confiesan, a establecer incluso, en un hecho ocurrido hace 10 ó 20 años, si se disparó con un arma corta o de largo alcance, o si se mató con un arma blanca grande o pequeña, es totalmente irresponsable y crea, eso sí, impunidad, en la medida en que condena a lo imposible al sistema judicial. Parece más una conspiración contra el proceso mismo, a nombre de las víctimas y de la lucha contra la impunidad.

Pero también se trata de un hecho que tiene qué ver con lo dicho desde un principio: la confusión entre diversos ámbitos de protección de derechos humanos y la prelación que parece darse, a nombre de una errónea concepción de justicia transicional, al derecho penal, para que dé cuenta de todos los hechos cometidos por máquinas de guerra que actuaron impunes durante años y que obraron en la práctica como sustitutos privados de agentes estatales y, en todo caso, como verdaderos paraestados. Al contrario, en lógica transicional, cada mecanismo de la justicia en transición –el denominado derecho penal diferencial, mecanismos de Desarme, Desmovilización y Reintegración, DDR, mecanismos propios de la desvinculación de funcionarios comprometidos de formas diversas en empresas criminales, mecanismos de no-repetición en función de las víctimas–, debe tener su propio peso, de tal forma que no se genere una involución o disfuncionalización del derecho penal, que luego deba pagar el sistema judicial frente a la sociedad y las víctimas, al aparecer

como responsable de la ausencia de castigo de toda clase de hechos que, en la realidad, lo agobian y lo rebasan.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Almond, Gabriel A., Powell Jr., Bingham G., Strøm, Kaare & Dalton, Russell J., *Comparative Politics: A Theoretical Framework* (4ª ed., Longman Publishing Group, London, 2003).
- Aponte, Alejandro, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional* (Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010).
- Aponte, Alejandro, *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida* (Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2008). Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/impunidad/documentos/Protocolo_para_reconocimiento_de_casos.pdf.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán* (Altaya, Barcelona, 1994).
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho* (Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 1979).
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad* (Universidad Iberoamericana, UIA, México, 2002).
- Medina, Claudia, *El Derecho penal de los derechos humanos, El Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano* (tesis de grado, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002).
- Orozco-Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia* (2ª ed., Temis, Bogotá, 2006).
- Pye, Lucian W., *Aspects of Political Development: An Analytic Study* (Little, Brown and Company, Boston, 1966).
- Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000).
- Weber, Max, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (2ª ed., Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2004).

COLABORACIÓN EN OBRAS COLECTIVAS

- Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, en *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, 23-119 (Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Gisela Elsner, eds., Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009).
- Aponte, Alejandro, *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, en *Segundo Informe*, 17-86 (Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009). Disponible en: http://www.toledopax.org/uploads/CITpax_Se

gundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf.

Hoffmann, Tamás, *The gentle humanizer of humanitarian law: Antonio Cassese and the creation of customary law of non-international armed conflict*, en *Future perspectives on international criminal Justice*, 58-80 (Carsten Stahn & Larissa van den Herik, eds., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009).

REVISTAS

Aponte, Alejandro, *Criminal Prosecution of International Crimes: The Colombian Case*, 10 *International Criminal Law Review*, 4, 549-569 (2010).

Aponte, Alejandro, *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, XXVII *Derecho Penal y Criminología*, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 81, 15-46 (2006). Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-3&dsID=civiles_conflicto.pdf.

TRATADOS INTERNACIONALES

Organización de Naciones Unidas, Conferencia de Plenipotenciarios, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>.

NORMATIVIDAD COLOMBIANA

Congreso de la República, *Ley 589 del 6 de julio de 2000, por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones*, 44.073 *Diario Oficial*, 7 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0589_2000.html.

Congreso de la República, *Ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal*, 44.097 *Diario Oficial*, 24 de julio de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html.

Congreso de la República, *Acto Legislativo Número 02 del 27 de diciembre de 2001, por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución*, 44.663 *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_02_2001.html.

Congreso de la República, *Ley 742 del 5 de junio de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*, 44.826

Diario Oficial, 7 de junio de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0742_2002.html.

Senado de la República, *Proyecto de Ley No. 20 de 1998*, 126 *Gaceta del Congreso*, 22 de julio de 1998.

Senado de la República, *Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 20 de 1998*, 185 *Gaceta del Congreso*, 17 de septiembre de 1998.

Senado de la República, Comisión Primera, *Acta No. 12*, 20 de octubre de 1998, 369 *Gaceta del Congreso*, 23 de diciembre de 1998.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional, Sentencia No. C-017 de 1996. Magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/96-C-017.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia No. C-358 de 1997. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes-Muñoz. Disponible en: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/7071b2c62cdbc253c12577060053196e!OpenDocument>.

Corte Constitucional, Sentencia No. C-456 de 1997. Magistrados ponentes Jorge Arango-Mejía & Eduardo Cifuentes-Muñoz. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cc_sc_nf/1997/c-456_1997.html.

Corte Constitucional, Sentencia No. C-368 de 2000. Magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz. Disponible en: www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/C-368-00.rtf.

Corte Constitucional, Sentencia No. C-878 de 2000. Magistrado ponente Alfredo Beltrán-Sierra. Disponible en: www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/C-878-00.rtf.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002. Magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Normativa/Sentencia_C578_02_Estatuto_Roma.htm.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 de septiembre de 1996, Radicado No. 12051. Magistrado ponente Jorge Aníbal Gómez-Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de mayo de 1999, Radicado No. 12661. Magistrado ponente Nilson Pinilla-Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de agosto de 1999, Radicado No. 13433. Magistrado ponente Jorge Córdoba-Poveda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 de octubre de 2001, Radicado No. 18499. Magistrado ponente Nilson Pinilla-Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de abril de 2005, Radicado No. 23472, 11. Salvamento de voto, magistrado Édgar Lombana-Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero de 2006, Radi-

- cado No. 25111. Magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez-Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de septiembre de 2009, radicado No. 29640. Magistrados ponentes Yesid Ramírez-Bastidas, Alfredo Gómez-Quintero, María del Rosario González-de Lemos & Augusto Ibáñez-Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de septiembre de 2009, Radicado No. 29640, adición de voto de los magistrados Yesid Ramírez-Bastidas, Alfredo Gómez-Quintero, María del Rosario González-de Lemos y Augusto Ibáñez-Guzmán, enunciado final.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de octubre de 2009, Radicado No. 25682. Magistrado ponente Yesid Ramírez-Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de enero de 2010, Radicado No. 29563. Magistrado ponente Julio Enrique Socha-Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 de febrero de 2010, Radicado No. 32805. Magistrado ponente María del Rosario González-de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 11 de marzo de 2010, Radicado No. 33301. Magistrado ponente Alfredo Gómez-Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 9 de febrero de 2009, Radicado No. 31210. Magistrada ponente María del Rosario González-de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 16 de septiembre de 2009, Radicado No. 32583. Magistrado ponente Jorge Luis Quintero-Milanés.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, colisión de competencia, 9 de diciembre de 2009, Radicado No. 32949. Magistrado ponente Jorge Luis Quintero-Milanés.
- Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Sentencia ordinaria mixta No. 20-06, 22 de marzo de 2006.

PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ

- Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Radicado No. 2000, 3 de octubre de 2005.
- Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Radicado No. 1556, 13 de mayo de 2005.