



DERECHO PENAL Y GUERRA REFLEXIONES SOBRE SU USO



Centro Nacional
de Memoria Histórica

DERECHO PENAL Y GUERRA REFLEXIONES SOBRE SU USO



**Centro Nacional
de Memoria Histórica**

**DERECHO PENAL Y GUERRA
REFLEXIONES SOBRE SU USO**

Director General Centro Nacional de Memoria Histórica
Gonzalo Sánchez Gómez

Relatores

Iván Orozco
Luis Carlos Sánchez

Investigadoras

Gina Cabarcas
Laura Porras
Luz María Sánchez

**CONSEJO DIRECTIVO
CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA**

Presidenta

Tatyana Orozco de la Cruz
Directora Departamento para la Prosperidad Social

Mariana Garcés Córdoba
Ministra de Cultura

Gina Parody d'Echeona
Ministra de Educación Nacional

Yesid Reyes Alvarado
Ministro de Justicia y del Derecho

Paula Gaviria Betancur
Directora Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas

Félix Tomás Bata Jiménez
Blanca Berta Rodríguez Peña
Representantes de víctimas

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA

Gonzalo Sánchez Gómez
Director General

Andrés Fernando Suárez, María Emma Wills
Obregón, Patricia Linares Prieto, Paula Andrea Ila,
Doris Yolanda Ramos Vega, César Augusto Rincón
Vicentes
Asesores de Dirección

DIRECTORES TÉCNICOS

Camila Medina Arbeláez
Dirección para la Construcción de la Memoria Histórica

Álvaro Villarraga Sarmiento
Dirección Acuerdos de la Verdad

Ana Margoth Guerrero de Otero
Dirección de Archivo de Derechos Humanos

Andrés Fernando Suárez
Dirección de Museo de la Memoria (E)

Sonia Stella Romero Torres
Dirección Administrativa y Financiera

Adriana Correa Mazuera
Coordinación Equipo de Comunicaciones

**DERECHO PENAL Y GUERRA
REFLEXIONES SOBRE SU USO**

ISBN: 978-958-58705-5-0

Primera edición: diciembre de 2014

Número de páginas: 132
Formato: 20 x 26 cm

Coordinación editorial:
Tatiana Peláez Acevedo

Corrección de estilo:
Hernando Salazar Palacio

Diseño y diagramación:
Andrea Leal Villarreal

Ilustraciones:
Heidy González

Fotografías:
Internas: © archivo El Tiempo y Centro Nacional de Memoria Histórica.

Impresión:
Imprenta Nacional de Colombia

© Centro Nacional de Memoria Histórica
Carrera 6 N° 35 – 29
PBX: (571) 796 5060
comunicaciones@centrodememoriahistorica.gov.co
www.centrodememoriahistorica.gov.co
Bogotá D.C. – Colombia

Impreso en Colombia. Printed in Colombia
Queda hecho el depósito legal.

Cómo citar:
Centro Nacional de Memoria Histórica. *Derecho penal y guerra. Reflexiones sobre su uso*. Bogotá: CNMH, 2014.

Este informe es de carácter público. Puede ser reproducido, copiado, distribuido y divulgado siempre y cuando no se altere su contenido, se cite la fuente y/o en cualquier caso, se disponga la autorización del Centro Nacional de Memoria Histórica como titular de los derechos morales y patrimoniales de esta publicación.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....6

INTRODUCCIÓN7

1. JUZGAR LA GUERRA: LAS FUNCIONES DE LA JUSTICIA Y LAS DIMENSIONES DE LA GUERRA.....9

- 1.1 Crímenes de sistema y justicia extraordinaria: las funciones de la justicia frente a la guerra.....10
- 1.2 Órdenes normativos relevantes para el juzgamiento de crímenes de sistema: entre lo individual y lo colectivo de las responsabilidades 12
- 1.3 Hacia la complementariedad de lo histórico y lo judicial en contextos extraordinarios..... 17
- 1.4 Poder punitivo y representación histórica: limitaciones y retos del trabajo judicial en contextos extraordinarios..... 19

2. MODELOS DE IMPUTACIÓN: REFLEXIONES SOBRE GRADOS Y TIPOS DE RESPONSABILIDAD PENAL 23

- 2.1. Participación en una empresa criminal conjunta.....24
- 2.2. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.....27
- 2.3. Coautoría 38

- 2.4. Posición de garante42
- 2.5. Responsabilidad del superior .. 46
- 2.6. Conspiración (Conspiracy).....52
- 2.7. Modelo de imputación propuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional 56

3. TIPOS PENALES: DILEMAS JUDICIALES EN LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS 63

- 3.1. Delitos políticos..... 64
 - 3.1.1. Rebelión..... 65
 - 3.1.2. Sedición..... 67
- 3.2. Concierto para delinquir72
- 3.3. Infracciones del Derecho Internacional Humanitario..... 76
- 3.4. Crímenes de lesa humanidad .. 89
- 3.5. Genocidio..... 95
- 3.6. Violencia sexual..... 99
- 3.7. Terrorismo nacional e internacional..... 104
- 3.8. Terrorismo nacional 105

4. APUNTES FINALES: LA VERDAD HISTÓRICA EN MEDIO DE LA VERDAD JUDICIAL 109

- 4.1. Diferencias y semejanzas entre el juez y el historiador110
- 4.2. Tensiones entre la justicia de imputación y la justicia de representación.....114
- 4.3. Algunas reflexiones finales sobre la profundidad histórica de las figuras penales.....118

BIBLIOGRAFÍA 125

Orozco, Iván

Derecho penal y guerra : reflexiones sobre su uso / Iván Orozco, Luis Carlos Sánchez ; ilustradora Heidy González. -- Bogotá : Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014.

132 páginas : fotos, ilustraciones ; 26 cm. -- (Colección cartillas)
ISBN 978-958-58705-5-0

1. Derecho penal - Colombia 2. Justicia transicional - Colombia
3. Conflicto armado - Colombia I. Sánchez, Luis Carlos II. González, Heidy, ilustradora III. Tít. IV. Serie.
345.0986 cd 21 ed.

A1472241

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

AGRADECIMIENTOS

Este texto no habría sido posible sin la generosidad intelectual de muchas personas que participaron en el largo proceso de su construcción y validación.

En primer lugar, queremos agradecer a Rodrigo Uprimny, pues sus ideas están en el origen de este trabajo y con sus conversaciones y siempre sabias sugerencias pudimos llevarlo a término.

En segundo lugar, queremos agradecer a Eduardo Pizarro quien contribuyó con ideas maduras en su larga trayectoria académica y política y quien, conforme a su labor como presidente de la extinta Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, procuró el espacio necesario para la generación de preguntas polémicas como las que se encuentran en el presente texto, las cuales dieron origen a una discusión totalmente abierta sobre los temas tratados, esperamos que con provecho para la sociedad colombiana. A todos los investigadores y las investigadoras del Grupo de Memoria Histórica les damos también las gracias por su atenta lectura del texto. Sus comentarios, observaciones y reacciones sin duda ayudaron a mejorarlo.

El texto se benefició profundamente de la lectura y las conversaciones mantenidas con Iván González Amado y con Fabián Camilo Martínez Guerrero. La larga experiencia en asuntos penales del primero y el entusiasmo y la precisión conceptual del segundo, fueron ayudas invaluable para la construcción y corrección del texto.

INTRODUCCIÓN

En lo que tiene que ver con las relaciones entre el derecho, la justicia y el conflicto armado, Colombia vive hoy de manera simultánea tres procesos distintos, que en algunos casos se complementan, en otros se excluyen, en otros más se oponen, pero que también usualmente pasan inadvertidos entre sí. Esos tres procesos son los siguientes: (i) la implementación progresiva de medidas de justicia transicional en materia penal y en materia civil en contextos de negociación con grupos armados ilegales; (ii) el diseño y la progresiva implementación de una política de priorización de la investigación penal orientada hacia la lucha contra la macrocriminalidad; y (iii) la prolongada crisis de la administración de justicia, histórica en lo que hace a la impunidad, la congestión y la morosidad en los despachos, pero que se ha agudizado por cuenta de los impactos y distorsiones de diverso tipo que el conflicto armado ha inducido progresivamente en la rama judicial.

La simultaneidad de estos procesos impone desafíos de muy diversa índole para los operadores judiciales, pero sobre todo para aquellos que lidian concreta y cotidianamente con hechos relacionados con el conflicto armado interno que vive Colombia, pues esa simultaneidad de procesos se traduce en simultaneidad de obligaciones. Así, en este contexto, y en lo que atañe a hechos del conflicto armado interno, un juez penal debe administrar justicia de modo que sus acciones se ajusten a los requerimientos usuales de un sistema judicial independiente, liberal y garantista (a

pesar de que en la práctica las condiciones para ello no existan), coadyuven en la lucha contra la macrocriminalidad y tengan como horizonte los dilemas jurídico-políticos de la transición.

Conscientes de los desafíos que hoy enfrentan los operadores judiciales y de la estrechez de las relaciones entre el establecimiento de las verdades judiciales y las verdades históricas de nuestra guerra, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha considerado pertinente proponer algunas reflexiones básicas sobre las categorías jurídicas disponibles para enfrentar los tipos muy particulares de crímenes que se producen en el marco del conflicto armado colombiano y sobre los usos que esas categorías admiten, con sus potencialidades, limitaciones y riesgos.

Este documento se divide en cuatro partes. En la primera, propondremos algunas tesis de alcance más general y teórico sobre los dilemas de la administración de justicia en contexto de conflicto y ante hechos del conflicto. En la segunda, avanzaremos un análisis de los modelos de imputación de responsabilidad penal adecuados para crímenes de sistema, con el fin de determinar si se ajustan o no a las lógicas de la guerra, los efectos que sobre ella producen y si contribuyen o no a alcanzar los fines de la justicia en contextos de conflicto. En la tercera, haremos lo propio en lo relacionado con los tipos penales que se usan para este tipo de crímenes. Finalmente, en la cuarta parte, formularemos unas reflexiones finales.



1.
JUZGAR LA GUERRA: LAS
FUNCIONES DE LA JUSTICIA Y LAS
DIMENSIONES DE LA GUERRA

1.

JUZGAR LA GUERRA: LAS FUNCIONES DE LA JUSTICIA Y LAS DIMENSIONES DE LA GUERRA

1.1. Crímenes de sistema y justicia extraordinaria: las funciones de la justicia frente a la guerra

En medio de un conflicto armado como el colombiano, es frecuente que los funcionarios judiciales se enfrenten a delitos de un tipo muy particular, como son los crímenes de sistema. Se trata de hechos atroces no aislados, sino articulados a actores colectivos, en un contexto determinado. Debido a sus particularidades, la judicialización de estos delitos desafía el entendimiento y la aplicación regular del derecho, por varias razones. En primer lugar, los crímenes de sistema se caracterizan generalmente por una división de labores entre los planificadores y los ejecutores de los delitos. Esto hace difícil establecer las conexiones entre los niveles de planificación y de ejecución con respecto a la pregunta sobre la autoría y la participación de los individuos involucrados. Esta labor se complica aún más, en segundo lugar, por el hecho de que estos crímenes, en ocasiones, son perpetrados por agentes de organismos oficiales con la participación de personas que eran, o son todavía, políticamente poderosas. Además, normalmente afectan a un gran número de víctimas y estos asuntos de escala y de contexto hacen que las investigaciones sean más complejas que las de crímenes ordinarios¹.

¹ En este aspecto, Mark Osiel señala que el derecho internacional ha avanzado considerablemente en la identificación y el reconocimiento del carácter colectivo de las víctimas de crímenes de sistema, mientras que el avance en la identificación, el reconocimiento y la sanción del carácter colectivo de los victimarios en este tipo de crímenes ha sido mucho más precario y difícil. Véase: Osiel, Mark. (Oct. 2005). *The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*. 105 *Columbia Law Review*, p.1751.

Así pues, el objetivo de los procesos judiciales que se inician alrededor de la comisión de estos crímenes no es sólo establecer cuáles fueron las circunstancias factuales en hechos separados, sino determinar cuál es la relación entre éstos, en términos de actores y políticas de sistematicidad. La investigación y el juzgamiento de este tipo de crímenes debe contar con la capacidad necesaria y la habilidad técnica suficiente para establecer cómo funcionan las estructuras de poder detrás de la comisión de estos crímenes, pero además cuál es el contexto del conflicto armado en que se producen estas atrocidades. Los funcionarios judiciales encargados deben reconocer su complejidad y la necesidad de adoptar enfoques especializados e interdisciplinarios, que les permitan narrar su lógica y las estructuras que los respaldan.

Para hacer esto no sólo se necesita un acervo probatorio suficiente, sino que es imprescindible analizarlo adecuadamente para dar cuenta de las particularidades factuales, pero también de las razones y contextos históricos alrededor de los hechos. El campo de la investigación y juzgamiento de los crímenes de sistema está constituido por las relaciones entre derecho, política y sociedad. Esto significa que el papel de un abogado, ya sea juez, fiscal o defensor en un proceso judicial sobre crímenes de sistema, consiste, más que en la resolución de un crimen ordinario, en entender cómo funciona el derecho, sus efectos políticos, culturales, históricos y sociales en un contexto determinado, y sus potencialidades y limitaciones para comprender la atrocidad masiva, prevenir su ocurrencia y, allí donde fue incontenible, garantizar su no repetición.

En este marco, mientras que los crímenes cometidos en tiempos de normalidad son, con algunas salvedades forales, juzgados por la justicia ordinaria, los crímenes de sistema también pueden ser judicializados en medio de un proceso de justicia extraordinaria. Por justicia extraordinaria entendemos la justicia que se administra en contextos

jurídica y políticamente extraordinarios, que pueden ser de dos tipos. Por un lado, están los procesos judiciales que tienen lugar en contextos en que el orden jurídico ha sido parcial o totalmente suspendido por razones de hecho o de derecho, atendiendo a un estado de extrema necesidad. Se trata, en estos casos, de la justicia excepcional, cuya relación histórica con la justicia marcial ha sido varias veces examinada. Por otro lado, están los procesos de justicia extraordinaria que buscan la restauración del orden jurídico normal cuando éste ha sido suspendido o masivamente vulnerado. Por lo general, este último tipo de justicia se administra en escenas judiciales muy particulares, claramente diferenciadas en términos geográficos y procesales de las de la justicia ordinaria. Su funcionamiento permanece estrechamente ligado a mecanismos de carácter no judicial orientados al esclarecimiento histórico y a la reconciliación social, pues se entiende que la ruptura del orden jurídico es inseparable de una serie de rupturas mucho más profundas que tienen que ver con la sociedad en su conjunto.

Los crímenes de sistema son los protagonistas precisamente en aquellos procesos judiciales de carácter extraordinario orientados a restaurar el orden jurídico suspendido o masivamente vulnerado. Esto no quiere decir que estos crímenes no puedan ser judicializados por la justicia ordinaria. Aunque, como veremos, la justicia ordinaria tiene limitaciones de varios tipos para hacerse cargo de la atrocidad masiva, no es infrecuente que, por diversas razones y en ciertos contextos, sean jueces penales ordinarios quienes deban administrar justicia en relación con ella. En cualquier caso, la discusión sobre las responsabilidades alrededor de crímenes de sistema no se puede dar sino en contextos muy particulares que suelen restringir pero también dar sentidos novedosos a la administración de justicia, ya sea que se trate de procesos ordinarios o de procesos de carácter extraordinario.

En los contextos que venimos caracterizando, la justicia no sólo cumple con funciones de imputación, sino también de representación y expresivas. La primera función se refiere a la determinación de las responsabilidades individuales frente a la comisión de atro-

cidades. La segunda se refiere al deber de contribuir a la construcción de la verdad histórica, en términos de establecer el contexto social y político en el que se dieron los crímenes de sistema, dando pie a la posible adjudicación de responsabilidades políticas a sujetos colectivos. Finalmente, la tercera función se refiere a las características performativas de los espacios judiciales a los que da lugar la justicia extraordinaria, en los que las víctimas y sus victimarios deben oír las diferentes versiones y memorias alrededor de las violaciones a los derechos humanos e infracciones del Derecho Internacional Humanitario.

Como consecuencia de la variedad de funciones que asume, la justicia extraordinaria debe satisfacer más exigencias que la ordinaria. Así, por ejemplo, en un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se estableció que la justicia extraordinaria debe dar cuenta de: 1) Las prácticas particulares de las organizaciones militares y paramilitares que hacen parte del conflicto armado. La capacitación, estructura de mando, logística, sistemas de comunicación, municiones, abastecimiento y los procedimientos disciplinarios pueden ser pertinentes a la hora de realizar las investigaciones. 2) El contexto socio-histórico de los hechos. Éste tiene particular importancia cuando existe una hipótesis razonable que indica que las autoridades conocieron, toleraron, auxiliaron o instigaron los crímenes. 3) El contexto local y las dinámicas de la violencia. Los crímenes de sistema generalmente transcurren dentro del contexto de una amenaza real o aparente al orden político establecido, como la oposición política o la resistencia armada. Este tipo de estudio permite una mayor comprensión del contexto de la investigación, particularmente en casos referidos al pasado y a zonas no muy conocidas por los investigadores. 4) El análisis de la información documental, tanto pública como reservada. 5) La reconstrucción de la base criminal (o de los elementos fácticos del delito). 6) Y las versiones de las víctimas de los hechos, sus memorias y reclamos².

² Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). *Iniciativas de persecución penal*. En Reed, Michael. (Ed.) *Judicialización de crímenes de sistema*. Centro Internacional de Justicia Transicional, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio Internacional de Canadá, p. 13-77.

Un aspecto que ha merecido particular atención en lo relativo a este tipo de justicia extraordinaria es que, en la medida en que en la comisión de crímenes de sistema pueden estar involucrados miles de personas, es imposible procesar a todos los autores y partícipes. El hecho de que, tanto por cuestiones relacionadas con la capacidad del sistema judicial como por aquellas otras más políticas relacionadas con la viabilidad de la transición, sólo unos pocos autores suelen ser procesados crea desafíos en cuanto a qué hacer con los demás autores y sus víctimas: la llamada brecha de la impunidad³. En cualquier caso, el hecho de que muchas personas no sean investigadas o procesadas penalmente no debería significar que eviten cualquier forma de responsabilidad, ni que sus víctimas sean excluidas de cualquier mecanismo de compensación. Es precisamente por esto que todas las funciones de esta justicia extraordinaria no pueden ser cumplidas exclusivamente por el poder judicial, en especial por la jurisdicción penal. Otras jurisdicciones domésticas e internacionales, pero además comisiones de la verdad o grupos de memoria histórica pueden ayudar en la reconstrucción de la verdad dentro de contextos tan politizados y complejos.

1.2. Órdenes normativos relevantes para el juzgamiento de crímenes de sistema: entre lo individual y lo colectivo de las responsabilidades

Existen por lo menos dos clases de órdenes normativos que establecen diferentes tipos de responsabilidades y contribuyen desde perspectivas distintas

³ Sobre el concepto de impunidad y sus efectos sociales en un Estado y especialmente la relación de este con los ciudadanos ver: Cabrera Pérez-Armiñán, María Luisa. (2006). *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*. Guatemala: Equipo de estudios Comunitarios y Acción Psicosocial.

a la construcción de la verdad histórica frente a la comisión de crímenes de sistema. Cada sistema califica los hechos de manera distinta y, como tal, atribuye responsabilidades de distinta manera. Por un lado, se podrían mencionar brevemente los órdenes normativos extrajurídicos que hacen alusión tanto a la ética interpersonal, como a los valores éticos y políticos de una sociedad. El primero se refiere a la ética civil o valores de convivencia, mientras que el segundo se refiere a los derechos morales o derechos naturales o criterios de legitimidad. Por otro lado, existen los órdenes normativos jurídicos, que a su vez se pueden clasificar de diferentes maneras. Cada orden jurídico tiene propósitos distintos, y como tal, tiene estructuras de calificación de los hechos, de prueba y de imputación particulares.

En primera instancia se podrían clasificar los órdenes normativos jurídicos dependiendo de si estos son internacionales o nacionales. Algunos autores piensan que en la medida en que los crímenes de sistema sean crímenes de derecho internacional deben ser juzgados por instituciones internacionales multilaterales que apliquen justicia universalmente legítima. Según estos autores, tales instituciones son capaces de juzgar imparcialmente, mientras que las instituciones nacionales no. Además las primeras, a diferencia de las segundas, están facultadas para decidir a favor de la comunidad internacional como un todo. En este sentido, dicen también estos autores que, por su propia naturaleza, los organismos internacionales cumplen con los parámetros universales impuestos por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁴. Por el contrario, otros autores piensan que la justicia se imparte mejor desde lo local, en el lugar donde ocurrió el crimen, donde se puede recaudar la evidencia y donde viven los testigos. Estos autores están preocupados por la soberanía de los Estados y por las normas de aplicación de la ley en el tiempo. Además, consideran que la justicia doméstica es mucho menos costosa y que puede ser complementada más fácilmente con me-

⁴ Casesse, Antonio. (2003). *International Criminal Law*. En M. Evans (Ed.) *International Criminal Law*. Londres: Oxford University Press.

canismos extra jurídicos de justicia transicional⁵. Entre estas dos posiciones, un tercer grupo de autores plantea el problema entre la perspectiva internacional y la más local o realista como una pregunta permanente por el lugar de la judicialización de crímenes de sistema que no se puede responder de manera general, sino que su respuesta depende del caso concreto. Estos últimos afirman que la judicialización de crímenes de sistema siempre se está moviendo entre la jurisdicción internacional o local y el derecho interno más ligado a variables y restricciones contextuales e idiosincrásicas o el derecho internacional, más cosmopolita y universal⁶.

En segunda instancia, con respecto al tipo de actores que se pretende responsabilizar por la comisión de crímenes de sistema, se podrían clasificar por un lado órdenes normativos que dan cuenta de responsabilidades individuales y órdenes normativos que dan cuenta de responsabilidades colectivas. Por sus características, la judicialización de crímenes de sistema supone al mismo tiempo la discusión sobre qué individuos actuaron personalmente en los delitos y desde qué estructuras de poder se cometieron las violaciones al derecho. Algunos autores se han referido a este tema abordando las diferencias entre estructura y agencia. El enfoque estructuralista de la criminalidad se concentra en procesos, comportamientos sociales, instituciones, jerarquías, entre otros, mientras que el enfoque centrado en la agencia se concentra en la acción y voluntad propia del individuo de cometer ciertos delitos. Para este último enfoque la prueba de la intención del individuo es determinante en la sen-

⁵ Sobre la diferencia entre las perspectivas internacionalistas y las más realistas o nacionales ver: Álvarez, J. (1999). *Crimes of State/ Crimes of hate: Lessons from Rwanda*. *Yale Journal of International Law*. 24:365. En este artículo el autor sostiene que ninguna de las dos perspectivas es la adecuada para representar lo ocurrido en contextos de conflicto armado, porque ambas privilegian en exceso la centralidad del Estado en la comisión de los crímenes de sistema. Para el autor, una representación adecuada de los crímenes de sistema debe tener en cuenta que el Estado no siempre es un actor determinante en la comisión de los crímenes y, en este sentido, en ocasiones se le debe dar más peso a la agencia individual de ciertos actores en el análisis de responsabilidad sobre crímenes sistemáticos.

⁶ Simpson, Gerry. (2007). *Law, war and crime*. Cambridge: Polity Press, p. 30 y ss.

tencia sobre culpabilidad⁷. Teniendo en cuenta ambas posiciones, se podría entonces afirmar que en la judicialización de crímenes de sistema se tiene la necesidad de analizar simultáneamente, aunque no necesariamente bajo los mismos órdenes normativos, la agencia de un individuo, la responsabilidad social y política compartida sobre la comisión de ciertos crímenes y la inevitabilidad histórica.

En el ámbito de lo internacional se encuentra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que cuenta con instancias de verificación y juzgamiento institucionalizadas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). El DIDH se aplica en todo momento y el sujeto responsable de obligaciones es el Estado. En los fallos proferidos por las instancias correspondientes se utilizan normas del derecho internacional universales que pretenden, a través de la protección de los derechos humanos individuales, proteger a la humanidad como un todo. El fin de estos fallos es el establecimiento de la responsabilidad que un Estado tiene frente a determinadas violaciones del derecho internacional.

Junto al DIDH, se encuentra el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Este se aplica en contextos de conflicto armado y los sujetos colectivos responsables son las partes en conflicto, ya sean Estados u organizaciones armadas al margen de la ley. La instancia de verificación institucionalizada es la Comisión Internacional de Encuesta. Esta se encarga de salvaguardar las garantías conferidas a las víctimas de conflictos armados según el artículo 90 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949⁸. Por su parte, el Comité Internacional de la

⁷ Sobre esta discusión ver: Fletcher, G. (2000). *The Storrs lectures: liberals and romantics at war: The problems of collective guilt*. *Yale Law Journal*. 111: 1501-73.

⁸ La Comisión se instituyó oficialmente en 1991 y es un organismo permanente, cuya principal finalidad es investigar denuncias de infracciones graves y de otras infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, esta Comisión no emite sentencias, como lo haría la Corte Interamericana, sino informes con recomendaciones para que los Estados las acojan. Servicio de Asesoramiento en DIH. Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta. Recuperado de: [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MGW/\\$FILE/CIHE.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MGW/$FILE/CIHE.pdf)

conforman el DIH. Buena parte de los informes de ONG, gobiernos y organismos internacionales sobre países en contextos de conflicto armado usan como rasero moral el DIH e imputan responsabilidades a las partes en conflicto antes que a individuos específicos. Sin embargo, en la medida en que las normas que conforman el DIH sean incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales, se podrán imputar responsabilidades individuales en casos de infracciones al DIH. Además, como veremos enseguida, toda vez que las violaciones al DIH se han consolidado como crímenes de guerra, su judicialización puede dar lugar a la imputación de responsabilidades individuales en contextos internacionales.

Finalmente, el Derecho Penal Internacional cuenta con instancias de juzgamiento *ad hoc* como las Cortes Penales Internacionales de Ruanda y ex Yugoslavia, y con una instancia de juzgamiento permanente, como la actual Corte Penal Internacional. El Derecho Penal Internacional se aplica cuando se cometen crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio). A diferencia de los demás órdenes normativos internacionales, los sujetos responsables de violar el Derecho Penal Internacional son los individuos y no los grupos. En esta medida, aunque suponga el respaldo de grupos armados organizados, la aplicación del Derecho Penal Internacional busca establecer la responsabilidad de individuos. La información sobre los grupos es contextual y funciona como prueba para establecer las responsabilidades individuales.

En el ámbito nacional, el derecho penal sería el orden normativo relevante para establecer responsabilidades individuales por la comisión de crímenes de sistema. El derecho penal regula la potestad punitiva del Estado, se aplica en todo momento y puede responsabilizar a particulares y a agentes estatales, tanto civiles como militares. Este orden normativo, al igual que el Derecho Penal Internacional, se preocupa por las responsabilidades individuales sin dejar a un lado los grupos y sus responsabilidades en la judicialización de crímenes de sistema. Por su parte, el derecho disciplinario regula las faltas de los empleados públicos en todo momento. Este orden normativo establece responsabilidades indivi-

duales de servidores públicos siguiendo categorías de imputación del derecho penal, pero con un énfasis mayor en el incumplimiento de deberes legales. Finalmente, dentro de los órdenes normativos nacionales, la jurisdicción contencioso administrativa, en especial con respecto a las fallas en el servicio, declara la responsabilidad colectiva del Estado frente a los perjuicios sufridos por las víctimas de manera individualizada. Este orden normativo, en el ámbito local, busca establecer responsabilidades en el mismo sentido que la CorteIDH con respecto a violaciones al DIDH y reparar a las víctimas de violaciones al DIDH y al DIH.

Cuando se dice que algunos marcos jurídicos se centran en imputar responsabilidades colectivas, se está diciendo que en la práctica no importa analizar quién hizo qué –como individuo– sino si el hecho que ocurrió es imputable a una violación de los deberes de protección que tiene el Estado. Ese es, por ejemplo, el juicio fundamental que hace la CorteIDH como instancia de juzgamiento del DIDH. A la CorteIDH no le interesa, por lo menos en forma prioritaria, establecer quién fue el superior jerárquico detrás de los crímenes. Lo que realmente le interesa es demostrar que en el Estado parte regía una política que favoreció el desarrollo de las atrocidades.

En ese sentido, cuando una instancia como la CorteIDH menciona individuos (aunque algunos insisten en que desde el punto de vista estrictamente jurídico no lo debería hacer) no está condenando a nadie, porque no hay una declaración de responsabilidad individual. Simplemente usa la evidencia sobre los agentes individuales como elemento probatorio para poder imputarle responsabilidad al Estado Parte. Esta responsabilidad se podría equiparar con una responsabilidad objetiva, en la medida en que una vez probada la acción culpable de uno o varios agentes del Estado se da por probada la responsabilidad del Estado. No se establece la responsabilidad de sujetos individuales, sino la del ente colectivo estatal.

Por otra parte, los órdenes normativos que se preocupan más por responsabilizar a agentes individuales deben establecer concretamente cuál y cómo fue la actuación del acusado, aunque no deben

descuidar el contexto y los grupos que permiten la acción del individuo en la comisión de crímenes de sistema. Esta atención a elementos contextuales es central pues, como ha señalado Mark Drumbl, buena parte de las responsabilidades individuales relacionadas con la atrocidad masiva se derivan no tanto de graves transgresiones a la norma, sino de la obediencia generalizada, quizás a veces excesivamente celosa y desbordada, de órdenes que podían ser legales, o al menos tener la apariencia de serlo, en el momento en que fueron proferidas. Estudiar los grados y tipos de responsabilidad de aquel que ha obedecido requiere la cuidadosa y pausada consideración de los contextos sociales y organizacionales en que tuvo lugar su acción o su omisión⁹.

La forma de imputación es semejante tanto en el derecho penal interno como en el derecho penal internacional. En ambos casos, la preocupación principal no es por imputarle responsabilidad a entes colectivos, sino a individuos, según la tesis clásica que son las personas las que son juzgadas por los tribunales penales. En ese sentido, vale la pena aclarar que, aunque es posible referirse tácitamente a responsabilidades colectivas cuando se está juzgando a personas individualmente consideradas, dicha responsabilidad no se declara (así como no se declaran responsabilidades individuales cuando se aplican marcos normativos que imputan responsabilidades colectivas). Por ejemplo, piénsese en el caso de una persona que fue juzgada por el Tribunal para la ex Yugoslavia por genocidio. Si la persona fue declarada culpable, en la práctica se le está también imputando tácitamente responsabilidad al Estado Serbio, que fue quien concibió e implementó una política genocida, aunque dicha responsabilidad no sea formalmente declarada.

De otro lado, es importante resaltar que los distintos órdenes jurídicos y sus estructuras de imputación de responsabilidades conllevan distintas estructuras de prueba. En otras palabras, las formas de prueba varían tanto como el rigor probatorio, dependiendo



Slobodan Milošević. Fotografía: archivo El Tiempo ©.

de si se van a imputar responsabilidades colectivas o individuales. Cuando se trata de responsabilidades individuales, usualmente la carga de la prueba la tiene quien acusa. En ese sentido, si quien acusa no logra probar el hecho, la persona queda absuelta. Excepcionalmente se establecen presunciones que inviertan la carga de la prueba, pero son siempre muy polémicas. Por el contrario, en las responsabilidades colectivas se admiten muchas presunciones y se admiten muchas inversiones de la carga de la prueba. Un ejemplo clásico es el caso de las desapariciones forzadas. Para condenar a una persona individualmente por desaparición, se debe probar que estuvo involucrada específicamente en los hechos que dieron lugar al hecho, pero para imputarle la responsabilidad a un Estado por desaparición, basta probar que el Estado capturó a la persona desaparecida y que desde ese momento ésta no volvió a aparecer. Es allí donde se invierte la carga de la prueba: si el Estado no logra probar que es inocente (por ejemplo, porque la puso en libertad antes de que desapareciera), se presume culpable. Lo anterior, que tiene plena lógica en derechos humanos o en el contencioso administrativo, no se admite en derecho penal ni en derecho disciplinario. En estas últimas instancias no es suficiente probar que el acusado capturó al presunto desaparecido. Además, se

9 Drumbl, Mark. (2011). Collective Responsibility and Postconflict Justice. En Tracy, Isaacs y Richard, Vernon (Eds.). *Accountability for Collective Wrongdoing*. New York: Cambridge University Press, p. 28 y ss.

debe demostrar que efectivamente el acusado estuvo involucrado en la desaparición. De lo contrario, deberá ser absuelto.

Las variaciones en las exigencias probatorias para imputar diferentes tipos de responsabilidades también tienen que ver con el grado o *quantum* de certeza que se necesita para confirmar que un hecho se dio de determinada manera. Veamos a continuación algunos intentos de definición de tipos y grados distintos de exigencias probatorias según los tipos y grados de responsabilidad a imputar.

En el derecho anglosajón se distingue entre tres estándares o *quantum* de prueba: prueba preponderante, prueba clara y convincente, y prueba más allá de toda duda razonable.

La prueba preponderante exige demostrar que es más probable que algo sea verdad a que sea falso. Dicho estándar de prueba es usado en el derecho anglosajón para los casos civiles, donde si el demandante convence al juez de que lo que alega es más probable que sea cierto a que no lo sea, se debe decidir favorablemente frente a sus pretensiones, sin importar que subsistan muchas dudas. Por su parte, el estándar de prueba clara y convincente exige que sea decididamente más probable que improbable la ocurrencia del hecho alegado. Pueden mantenerse algunas dudas, pero se debe demostrar que el hecho es mucho más probable que haya ocurrido, a que no haya ocurrido. Este segundo estándar de prueba se usa para ciertos casos civiles. Finalmente, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable es el que se aplica en materia penal. De acuerdo con dicho estándar, solo una persona irracional dejaría de estar convencida de que el hecho alegado ocurrió. No se trata de la certeza absoluta, pero sí de lograr probar que cualquier persona razonable concluiría que el hecho ocurrió.

Esta discusión sobre el estándar de prueba necesario para confirmar algunos hechos fue abordado por la Comisión de la Verdad de El Salvador, con respecto a la imputación de responsabilidades en crímenes de sistema. Específicamente, la Comisión decidió que en cada uno de los casos descritos en

su Informe especificaría el grado de certeza sobre el cual fundamentaría su conclusión final. Los distintos grados de certeza utilizados fueron: a) las pruebas abrumadoras (pruebas contundentes o altamente convincentes en apoyo de la conclusión de la comisión); b) pruebas substanciales (pruebas muy sólidas en apoyo de la conclusión de la Comisión); c) pruebas suficientes (más pruebas en apoyo que en contradicción con la conclusión de la Comisión). Estos parámetros se tradujeron en que las pruebas suficientes fueron utilizadas para decidir si un hecho ocurrió, las pruebas substanciales para imputar responsabilidades colectivas y la prueba más allá de toda duda razonable o abrumadora para imputar responsabilidades individuales¹⁰.

En Colombia el análisis está por hacerse, pero se podría decir que se usa el estándar de más allá de toda duda razonable para los procesos penales, el de prueba clara y convincente para los disciplinarios (aunque pocos jueces disciplinarios lo reconocan) y el de preponderancia para responsabilidades colectivas en materia de derechos humanos. Es necesario tener en cuenta los tipos de estándares probatorios para construir las decisiones judiciales, pues dependiendo de estos se podrán afirmar ciertos hechos sobre el contexto y se podrán mencionar distintos tipos de responsabilidades, aunque se impute de acuerdo con otros estándares de prueba.

Un último elemento que se debe señalar al hacer uso de órdenes normativos distintos es que cada uno tiene orientaciones y efectos representacionales diferentes, lo cual hace que con frecuencia entren mutuamente en tensión. Así, por ejemplo, como ha señalado Louise Mallinder, la decisión sobre los órdenes normativos relevantes para el juzgamiento de crímenes de sistema lleva implícita la adopción parcial de marcos interpretativos para la calificación y asignación de responsabilidades a los actores en conflicto, y por esa vía tiene importantes efectos representacionales que hay que tener en cuenta.

¹⁰ Comisión de la Verdad para El Salvador. (1992-1993). *De la guerra a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*. San Salvador: Naciones Unidas.

El ejemplo de Mallinder es elocuente: en el marco del derecho penal interno las fuerzas armadas del Estado gozan de presunción de legitimidad en sus actuaciones, pues se supone que sus labores están orientadas hacia la consolidación y aseguramiento del monopolio soberano en el ejercicio de la fuerza legítima, mientras que los grupos armados al margen de la ley ya por el hecho mismo de haberse armado contra el Estado son perseguidos y judicializados. En el derecho internacional la cuestión cambia, ya sea que se trate del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) o del Derecho Internacional Humanitario (DIH). En el marco del DIDH, son el Estado y los órganos que lo componen los que por lo general son llamados a rendir cuentas, pues tradicionalmente se ha entendido que el Estado es el único responsable en materia de derechos humanos. Esto tiene sentido además en la medida en que uno de los intereses jurídicos básicos de la normativa en derechos humanos consiste en proteger a los ciudadanos de los posibles excesos cometidos por los Estados, aunque en la jurisprudencia más reciente se ha aceptado que en situaciones de conflicto armado no internacional también los actores no estatales pueden ser responsables de graves violaciones a los derechos humanos¹¹.

Finalmente, en el marco del DIH, las partes beligerantes se presumen igualmente responsables ante la normativa humanitaria, sobre la base de que cada una de ellas tiene la capacidad y la obligación de minimizar los daños que se puedan ocasionar contra la población civil en el marco de la confrontación militar y de usar proporcionalmente la fuerza en contra del enemigo¹².

¹¹ La cuestión, sin embargo, sigue siendo objeto de disputa, pues algunos sostienen que la única fuente de obligaciones en materia de derechos humanos son los tratados y como estos sólo los firman los Estados, sólo a ellos los obligan. Según esta concepción, la responsabilidad de los actores no estatales debe verse exclusivamente a la luz del derecho penal interno del Estado en el que delinquen o a la luz del DIH, si son parte beligerante en un conflicto.

¹² Mallinder, Louise. (September, 2011). *Peacebuilding, The Rule of Law and The Duty to Prosecute: What Role Remains for Amnesties?* *Transitional Justice Institute Research Paper No. 11-06*. Working Paper. Building peace in post-conflict situations. British Institute of International and Comparative Law. Transitional Justice Institute – University of Ulster.

Así las cosas, un operador judicial encargado de administrar justicia en relación con crímenes de sistema debe ser consciente de los presupuestos que están detrás de las categorías que utiliza, pues aquellos no sólo implican desafíos probatorios diferenciados, sino que también conllevan a que, dependiendo del orden normativo al que se apele, la justicia termine haciendo énfasis sobre ciertos aspectos en detrimento de otros y por esa vía promueva interpretaciones muy específicas sobre la naturaleza de lo sucedido y sobre sus responsables. Eso, que es inevitable, no necesariamente es malo, pero sí exige al operador judicial que tenga en cuenta estas diferencias para que las opciones que tome sean consistentes -de modo que no termine mezclando acriticamente categorías contradictorias- y consecuentes con sus convicciones, con el marco legal en el que actúa y con el material probatorio a su alcance¹³.

1.3. Hacia la complementariedad de lo histórico y lo judicial en contextos extraordinarios

Los diferentes órdenes normativos, el tipo de responsabilidades y las exigencias probatorias que les corresponden confluyen en la judicialización de crímenes de sistema no sólo con el objetivo de acortar la brecha de impunidad, sino también contribuir al cumplimiento de las funciones representacionales y expresivas de la justicia extraordinaria. En la medida en que el pasado como tal es inviolable e irreversible, la memoria (cómo recordamos ese pasado) tiene todo que ver con la justicia y las múltiples funciones que esta tiene en contextos extraordinarios de judicialización. La

¹³ Para una interpretación de las disputas entre órdenes normativos como luchas por la hegemonía entre actores sociales contextualmente diversos, véase: Koskeniemi, Martii. (2011). *Between Impunity and Show Trials*. En *The Politics of International Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, Cap. 7, 171-197.

memoria tiene el poder de hacer que el pasado sea visibilizado, significado y resignificado como una atrocidad frente al presente, permitiendo la posibilidad de recordar y volver a narrar los hechos violentos y de hacer justicia en relación con ellos. En este sentido, nuestra conciencia histórica es una conciencia moral y política que nos ayuda a reconocer la posibilidad de entender los errores de nosotros mismos o de los otros en el pasado, permitiendo así que se pueda hacer justicia en el presente y en últimas lograr algún tipo de perdón. Sobre lo que se olvida no se puede hacer justicia y además no se puede perdonar.

En contextos extraordinarios, tanto el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad colombiana como un todo, como la justicia de imputación, y el deber de reconstrucción de la memoria impuesto por la ley a entes como el Centro Nacional de Memoria Histórica, estos son de gran centralidad en la discusión sobre la manera como deben ser analizados y resueltos los crímenes atroces perpetrados en el seno de un conflicto armado o de un régimen autoritario¹⁴. Aunque la forma ortodoxa de reconstruir la verdad judicial es limitada en su manera de reconstruir la verdad histórica del conflicto armado en una sociedad en transición, en el quehacer de la reconstrucción de la verdad y de la memoria histórica de crímenes de sistema, las fuentes judiciales son imprescindibles para la reconstrucción factual de las masacres y de los ataques que dan cuenta de las violaciones a los derechos humanos en determinada sociedad. Además, la actuación judicial dentro de los diferentes órdenes normativos puede contribuir a la construcción de memorias colectivas.

Como se verá en los apuntes finales de este texto, los espacios judiciales son privilegiados para ver la interacción entre memorias disidentes y en la medida en que se den en procesos de justicia extraordinaria, más aun de transición, deben cumplir con

14 Sobre el derecho a la verdad en procesos de transición ver: Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón, María Paula. (2006). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. En *Pensamiento Jurídico*; núm. 17. Comentarios a la ley de justicia y paz.

el deber de dar cuenta de los contextos históricos en los que se desarrollaron los hechos atroces¹⁵.

En esta medida, los procesos judiciales constituyen uno de los elementos esenciales de una estrategia de justicia extraordinaria. El derecho y sus diferentes órdenes normativos se convierten en una herramienta necesaria, aunque no suficiente, en la resolución de conflictos armados. La política en el derecho, el lugar donde se aplica el derecho, los sujetos que pueden ser juzgados por el derecho, las promesas de verdad, justicia, reparación e incluso de memoria que hace el derecho, todos estos son aspectos que no deben obviarse cuando se está haciendo justicia en un contexto de violaciones extraordinarias al DIDH y al DIH¹⁶.

De todos los órdenes normativos que se han mencionado, el derecho penal y sus instituciones son especialmente importantes para el análisis de crímenes de sistema. En efecto, este es uno de los órdenes normativos en donde al mismo tiempo se pueden hacer consideraciones sobre responsabilidades individuales que se pueden castigar y sugerir responsabilidades colectivas provenientes del análisis de contexto de las mismas responsabilidades individuales. Este orden normativo es útil especialmente para dismantelar el régimen o los regímenes que perpetraron las atrocidades, que las justificaron y que posiblemente las siguen justificando, las encubren o las niegan. Aunque la administración

15 Algunos críticos, desde Arendt hasta Drumbl, tienden a cuestionar seriamente lo que hace y puede hacer el sistema judicial al juzgar las atrocidades masivas. Para estos críticos la respuesta social a un pasado de excesos no puede ser judicial, pues lo que está en juego en una transición no son delitos aislados sino las formas en que una sociedad se recrea a sí misma de modo que incluya lo que por indiferencia o por temor permitió que fuera aniquilado. Autores como Martha Minow y Mark Osiel coinciden con estos críticos en que la respuesta social no puede ser solo judicial, pero afirman que si uno de los aspectos centrales de la transición es construir Estado de Derecho e instituciones fuertes que eviten la repetición de la tragedia, lo judicial no puede ser dejado de lado ni subvalorado en su sentido y sus efectos. Véase: Minow, Martha. (2002). *Breaking the Cycles of Hatred*. En Rosenblum, Nancy (Ed.). *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*. Princeton: Princeton University Press, Princeton, p. 14-76. Osiel, Mark. (Feb. 2000). ¿Why Prosecute? Critics of Punishment of Mass Atrocity. *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, No. 1, p. 118-147.

16 Para ver reflexiones sobre el tema ir a: Simpson, *Law, war and crime*. Op. Cit.

de justicia penal es sólo uno de los mecanismos disponibles para hacer frente a las atrocidades perpetradas, la sanción penal es vista como una herramienta necesaria para conducir a un proceso de reconocimiento de las atrocidades y de las víctimas¹⁷. Para la sociedad, el establecimiento de responsabilidades penales es determinante para el proceso de reconocimiento de las víctimas y para la construcción de las responsabilidades en contextos históricos de violaciones al derecho.

Se podría entonces decir que la aplicación del derecho penal es fundamental para dar respuesta a las atrocidades cometidas en medio de un conflicto armado, no solo por razones jurídicas determinadas por su forma de imputación y estructuras probatorias, sino también por razones culturales y políticas. La recuperación formal del ejercicio punitivo frente a las atrocidades contribuye a la restitución del poder y del Estado de derecho y ayuda a reponer lazos sociales de confianza¹⁸.

1.4. Poder punitivo y representación histórica: limitaciones y retos del trabajo judicial en contextos extraordinarios

En cualquier caso, para construir relaciones de complementariedad entre mecanismos judiciales y extrajudiciales de satisfacción de los derechos a

17 Reed Hurtado, Michael. (2008). Breve exploración sobre la función del derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión. En Reed, Michael. (Ed.) *Judicialización de crímenes de sistema*. Centro Internacional de Justicia Transicional, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio Internacional de Canadá, p. 97

18 Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto y Reed Hurtado, Michael. (2006). Entre la razón y la pasión: castigo y violaciones del pasado en Colombia. *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos*. Bogotá: Fundación Social-Área de derechos humanos y paz.

la verdad, a la justicia y a la reparación es indispensable reconocer que las categorías y los procedimientos del derecho penal tienen algunas limitaciones cuando se trata de responder a atrocidades masivas. A continuación exploraremos algunas de esas limitaciones, en el entendido que al ponerlas de presente es más fácil enfrentarlas. Lo primero que se debe tener en cuenta es que el sujeto por excelencia de responsabilidades en materia penal es el individuo. Así, según los modelos de responsabilidad penal clásica, el castigo sólo puede ejercerse sobre los autores y los partícipes de un hecho delictivo, debiendo en cada caso probar (más allá de toda duda razonable) la contribución al hecho delictivo de cada individuo para que pueda ser condenado. Tradicionalmente se considera que autor de un delito es quien comete el ilícito por sí mismo (bien sea por acción u omisión), o a través de un instrumento (bien sea por coacción, error o uso de un inimputable). Cuando varias personas participan en la ejecución material de un hecho punible, se consideran coautores. Por su parte, partícipe es quien determina la ocurrencia del ilícito (haciendo surgir la idea criminal en otro) o quien ayuda a la ocurrencia del hecho siendo cómplice.

Bien sea como autor o como partícipe, se castiga al sujeto que ha contrariado culpablemente una norma penal. Por ejemplo, no basta solamente con comportarse de acuerdo a lo dispuesto por una norma penal como la del homicidio, sino que además esta conducta no se puede haber cometido por razones justificantes como la legítima defensa y se debe haber hecho dolosamente. En términos técnicos, la consecuencia jurídica “pena” presupone el obrar penalmente típico, antijurídico y culpable de un individuo. El resultado sólo se puede asegurar si se articulan todos los presupuestos para la imputación.

Ahora bien, los tipos penales son los marcos normativos sobre los que se debe hacer el ejercicio de la imputación para determinar responsabilidades. La mayoría de tipos penales fueron creados para sancionar la conducta de un solo individuo. Sin embargo, en ocasiones los tipos penales mismos dan cuenta de la posibilidad de que una conducta

sea cometida por varias personas o dentro de sus supuestos de hecho tienen en cuenta características contextuales que sitúan al individuo perpetrador en espacios, por ejemplo, de conflicto armado.

Tratándose de crímenes de sistema, los tipos penales más usados son el delito político (rebelión, sedición, asonada), el concierto para delinquir, el terrorismo y el homicidio múltiple. Algunos de ellos pueden ser consumados por un solo individuo (terrorismo y homicidio múltiple agravado), mientras que otros deben ser consumados por un grupo plural de individuos (delito político y concierto para delinquir). A éstos últimos se les llama delitos pluri-subjetivos.

¿Qué limitaciones derivan de estos principios básicos de la responsabilidad clásica cuando se abordan crímenes de sistema en Colombia? En primer lugar, con las categorías tradicionales es difícil imputar responsabilidad a los jefes de las organizaciones al margen de la ley que operan bajo contextos de alta turbulencia social y política, pues no es posible acusarlos como coautores y es muy difícil probar en la práctica su participación como determinadores. No es posible acusarlos como coautores, pues la mayoría de la doctrina define la coautoría con base en la teoría del dominio funcional del hecho, alegando que coautores son aquellos sin cuyo aporte consciente y voluntario no se hubiera podido consumir el hecho delictivo y agregando que el aporte necesario debe ocurrir físicamente en la etapa de ejecución final¹⁹. Como rara vez los líderes de las

19 Que la contribución deba ocurrir durante la etapa de ejecución final o que pueda también ocurrir en la etapa de planeación, es un tema muy debatido internacionalmente en la actualidad. Sin embargo, aún hoy en día la doctrina mayoritaria en España y América Latina (muy apegada a Roxin) alega que la contribución del coautor debe ocurrir durante la etapa de ejecución final del ilícito. Por el contrario, en Alemania y en la Corte Penal Internacional se sostiene que la contribución puede ocurrir tanto en la etapa de ejecución como en la de planeación, siempre y cuando sea esencial para la comisión del crimen. Al respecto se puede consultar: CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Allard K. Lowenstein. (Mayo de 2008). Opinión Experta sobre la Extradición y los Modos de Responsabilidad Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Por supuesto, para nuestros intereses lo fundamental es subrayar que para el período estudiado la doctrina mayoritaria coincidía en que el aporte se debía dar en la etapa de ejecución final.

organizaciones al margen de la ley están presentes en la ejecución final de los actos ordenados, la categoría de la coautoría es normalmente inaplicable²⁰.

Si quien domina la configuración del injusto no puede ser juzgado como coautor, entonces debe usarse la categoría de determinador, como amplificador del tipo penal, pues dicha figura permite imputarle responsabilidad a quien provoca en el autor material la resolución delictiva, sin tener el dominio del hecho. Sin embargo, en la práctica la determinación es muy difícil de probar, pues se requiere adjuntar prueba que demuestre la orden o el mandato a través del cual el determinador otorgó expresas y específicas instrucciones de cometer el hecho punible. Tal prueba puede con dificultad encontrarse en épocas de paz, pero en un país en guerra, donde las órdenes dadas por los líderes de los grupos en disputa suelen ser directrices generales o estrategias orientadas al logro de unos objetivos, probar que la cúpula otorgó instrucciones específicas y expresas de cometer determinado hecho delictivo es casi imposible. En todo caso, así se logre en ocasiones excepcionales obtener la prueba, lo cierto es que llamar “determinadores” o simples “partícipes” y no “autores” a quienes de facto tienen mayor poder de decisión dentro de las organizaciones, genera una distorsión simbólica dramática, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores (que terminan siendo los soldados de a pie) y no a los partícipes de las conductas punibles. Termina siendo en últimas un problema de representación y adecuada reconstrucción de la verdad histórica en la medida que el lenguaje que se utiliza nombra a las personas involucradas de manera distorsionada. Quien debería ser llamado autor queda como simple partícipe.

En segundo lugar, las categorías clásicas de imputación, por estar pensadas para momentos de norma-

20 Analizando la responsabilidad nazi en la Segunda Guerra mundial, Roxin ya había dicho que “el hombre de atrás” que planeaba y motivaba el hecho, no se solía ensuciar las manos sino que se servía de órganos ejecutores. Ver: Roxin, Claus. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de Täterschaft und Tatherrschaft por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid.

lidad, no se preocupan por analizar jurídicamente la estructura jerárquica propia de algunos aparatos criminales de gran escala que operan en épocas de anormalidad. Si, por ejemplo, unos miembros de un grupo para-estatal asesinan a un grupo de simpatizantes de la guerrilla, su actividad es comúnmente interpretada como coautoría para la perpetración del delito mencionado. Lo mismo sucede con un grupo de homofóbicos que al salir de un bar asesinan a varios homosexuales. Igualar la conducta de ambos grupos genera varios problemas: 1) Al invisibilizar la estructura de las organizaciones delictivas a las cuales pertenecen los miembros cuya responsabilidad penal se está juzgando, se pierde la oportunidad de usar el proceso judicial como herramienta útil para visibilizar ante la sociedad el accionar de las organizaciones que hacen parte del conflicto armado. 2) La garantía del derecho a la verdad de las víctimas no puede realmente satisfacerse sin que se establezca la estructura, el funcionamiento y las cadenas de mando de la organización delictiva causante del daño. 3) Al catalogar jurídicamente como coautoría un hecho perpetrado por miembros de una organización criminal grande que opera en momentos de anormalidad, el derecho está empaquetando la realidad en una categoría jurídica que asume que los perpetradores del crimen poseen igual rango. Lo anterior puede funcionar en ciertos contextos donde la guerra se desarrolla de manera muy horizontal, pero no en otros, donde rasgos de verticalidad aún prevalecen.

Finalmente, en tercer lugar, cuando las atrocidades son cometidas de manera colectiva, generalizada y sistemática, es casi imposible cumplir con la carga de probar de manera individualizada las contribuciones de los miembros de las organizaciones a los delitos cometidos. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad empírica de distinguir entre el individuo que sujetó a la víctima, quién le arrancó las uñas, quién la quemó con hierros ardientes y luego quién la descuartizó viva, en contextos donde decenas de actos de ese estilo pueden estar sucediendo simultáneamente. Sin duda, el derecho requiere pensar en nuevas formas de aproximarse al problema, a pesar del discurso del derecho penal liberal imperante actualmente, que asume la centralidad del

individuo en materia de atribución de la responsabilidad. De lo contrario, será casi imposible sancionar penalmente a los distintos individuos que forman parte de un determinado frente de una organización criminal, pues supera el razonamiento lógico pensar que en medio de la guerra sea posible recolectar pruebas sobre las actividades concretas desempeñadas individualmente en el momento, por ejemplo, de tomarse un pueblo y cometer una masacre.

Una vez delineados algunos de los límites de las categorías de derecho penal utilizadas actualmente en Colombia para imputar las responsabilidades en crímenes de sistema, nos centraremos en estudiar modelos de imputación y tipos penales poco aplicados, que ayudarían a resolver algunos de esos límites. Además, presentaremos categorías tradicionales como la coautoría, el concierto para delinquir, la rebelión y el terrorismo en tanto que dentro de la doctrina penal clásica no se ha abordado su capacidad de contribuir a las funciones de representación de la justicia. Este manual está pensado para funcionarios judiciales y para investigadores interesados en construir memoria histórica del conflicto armado. En esta medida es posible que con el fin de apelar a ambos públicos el lenguaje utilizado sea menos técnico de lo que sería un tratado de derecho penal y se describan elementos jurídicos obvios para un operador judicial.



2.
**MODELOS DE IMPUTACIÓN:
REFLEXIONES SOBRE GRADOS Y TIPOS
DE RESPONSABILIDAD PENAL**

2.

MODELOS DE IMPUTACIÓN: REFLEXIONES SOBRE GRADOS Y TIPOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

En este capítulo exploraremos algunos modelos de imputación de responsabilidad penal relevantes para el juzgamiento de crímenes de sistema. En los acápite correspondientes a cada una de las figuras primero se hará una breve descripción de ésta; segundo, se hará una evaluación sobre los elementos probatorios requeridos para su aplicación; tercero, se expondrán las principales ventajas y desventajas de su aplicación frente a las funciones de imputación y de representación de la justicia extraordinaria. En último lugar, se hará una reflexión sobre la aplicabilidad de la figura en el caso del conflicto armado colombiano.

2.1. Participación en una empresa criminal conjunta

Descripción

La mayoría de los crímenes de masa constituyen manifestaciones de grupos o individuos actuando a favor de un lineamiento criminal común. Aunque solo algunos de los miembros del grupo llegan a perpetrar físicamente el acto criminal (asesinato, exterminio, destrucción de ciudades, pueblos o aldeas, etc.), la participación y contribución de otros miembros es vital para facilitar la comisión del delito en cuestión. Con base en esta constatación han surgido modelos de imputación de responsabilidad penal, como el de la participación en una empresa criminal conjunta, según los cuales la gravedad moral de la participación de aquellos que no perpetraron directamente el acto no es menor –o realmente no es diferente– de aquella de quienes realmente llevaron a cabo los actos en cuestión.

En la empresa criminal conjunta, la noción de propósito común es central para la adscripción de responsabilidades. Esta noción abarca tres categorías distintas de criminalidad colectiva: 1) La primera está representada por los casos donde todos los coimPLICADOS que actúan encaminados por un lineamiento común poseen la misma intención criminal. Por ejemplo, la formulación de un plan entre los coautores para matar, donde el deseo común (aun si cada coautor lleva a cabo un papel diferente) conlleva a la intención de matar²¹. 2) La segunda categoría es en muchos aspectos similar a la anterior y abarca los denominados casos de “campos de concentración.” La noción de propósito común se aplica cuando se alega que los delitos imputados fueron realizados por miembros de unidades militares o administrativas como las de los campos de concentración o, en otras palabras, por grupos de personas que actuaban encaminadas por un plan concertado. Esta categoría de casos es realmente una variante de la primera. 3) La tercera categoría se refiere a casos que envuelven un propósito común, pero que en su desarrollo uno de los autores comete un acto que aunque se encuentra por fuera de ese propósito común, es una consecuencia predicable de la naturaleza de éste. La responsabilidad penal debe imputarse a todos los participantes de la empresa común, entendiendo que el acto cometido era consecuencia predicable del designio común y que el acusado hizo caso omiso o fue indiferente al riesgo. Dentro de esta categoría está contenida la violencia sobre grupos de personas, donde en una situación de desorden actúan actores múltiples en función de

21 El lector reconocerá la semejanza entre esta categoría de criminalidad colectiva en la teoría de la participación en una empresa criminal conjunta y la teoría de la conspiración en el derecho anglosajón. La semejanza, sin embargo, no debe llamar a engaño, pues mientras que una conspiración tiene como resultado una transgresión concreta y por lo general aislada, la participación en una empresa criminal conjunta designa el método según el cual una serie de ofensas o transgresiones jurídicas analizable en sus patrones es cometida persiguiendo un propósito común.

un propósito común. Cada uno de ellos comete algún tipo de agresión o delito sobre la víctima, pero no se sabe o es imposible saber exactamente cuáles fueron los actos cometidos por cuál autor²².

La empresa criminal conjunta fue desarrollada por primera vez por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso de Dusko Tadic, luego de lo cual, la jurisprudencia subsiguiente corroboró –según Mark Osiel²³– las reglas básicas establecidas con anterioridad²⁴. Desde entonces, la teoría ha sido fuertemente criticada (ver argumentos en contra), por lo que varios autores han propuesto modificarla de distintas maneras. Mark Osiel propone, por ejemplo, que la empresa criminal conjunta sea usada para impartir sanciones civiles pero no penales, imponiendo sanciones monetarias a la totalidad de los miembros del grupo que cometió las atrocidades, pero evitando castigar penalmente a los miembros inocentes. En ese orden de ideas, si un oficial de alto rango, por ejemplo, es condenado por cometer una atrocidad, los oficiales que ostenten el mismo rango en su unidad sufrirían colectivamente sanciones monetarias. De tal manera se incentivaría que sean los mismos compañeros de quien comete una atrocidad quienes lo denuncien. Si lo hacen, evitarían para sí mismos las sanciones monetarias impuestas, pero si no lo hacen, o se les adelantan, serían sancionados. El dinero resultante de la sanción sería luego entregado a las víctimas o sus familias.

De aceptarse tal propuesta, únicamente el perpetrador individual del delito sería penalmente responsable, aunque todos los miembros de la empresa criminal compartirían los costos monetarios de sus acciones. De tal manera, los militares podrían ser considerados en adelante como proveedores de bajo costo de un seguro social contra los crímenes de masa.

22 Tomado de TPIY. *Caso Tadic. Fallo de segunda instancia del 15 de julio de 1999*. La empresa criminal conjunta fue también aplicada en por el Tribunal de Ruanda y el de Timor Oriental.

23 Ver: Osiel, Mark. *The banality of good*. Op. Cit.

24 Dentro de los casos subsiguientes citados por el autor, en los que se retoma la teoría desarrollada en Tadic, se encuentran: Caso Furundjija, Krnojelac, Vasiljevic, Stakic, Ntakirutimana, Simba y Krajcinik

Por su parte, Jens David Ohlin²⁵, tratando de evitar encuadrarse en el grupo de autores que argumentan que la participación en una empresa criminal conjunta debe ser abandonada por chocar con principios liberales clásicos de responsabilidad penal individual, pero también del grupo de quienes defienden sin mayor objeción la teoría desarrollada por la TPIY, plantea un tercer camino: para que la teoría no se aleje del principio de culpabilidad, es necesario adoptar un modelo que diferencie entre diferentes niveles de participación en los planes criminales, para lo cual se debe pensar en dos modos distintos de imputación. Por una parte, existiría la posibilidad de ser coautor en una empresa criminal conjunta y, por otra, de ser cómplice o brindar asistencia a la misma. El primer tipo de responsabilidad sería reservado para individuos que se encuentren en la cima de la jerarquía del plan criminal común, cuya participación sea esencial y cuya intención sea cumplir la totalidad del propósito criminal del grupo. El segundo tipo estaría destinado a los individuos de más bajo nivel, que hagan contribuciones informadas al plan, pero que no compartan necesariamente la intención de abarcar la totalidad del mismo.

Elementos probatorios

i) Elementos objetivos

Los elementos objetivos requeridos –*actus reus*– para probar cada una de las categorías de casos en donde se pueden imputar responsabilidades a través de la empresa criminal conjunta son los siguientes: 1) Pluralidad de personas. 2) La existencia de un plan, designio o propósito común, que no debe haber sido necesariamente formulado con anterioridad a la ocurrencia de los hechos, pues puede ser inferido del hecho de que una pluralidad de personas actúe al unísono para lograr una empresa criminal común. 3) Participación del acusado en el designio

25 Ver: Ohlin, Jens David. (September, 2008). *The Co-Perpetrator Model of Joint Criminal Enterprise*. Cornell Law School. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 14.

común. Esta participación no necesita involucrar la comisión de un crimen específico (por ejemplo, homicidio, exterminación, tortura, rapto, etc.), pero debe tener la forma de asistencia o contribución a la ejecución del plan o propósito común.

ii) Elementos subjetivos

El elemento *mens rea* requerido varía para cada una de las categorías de casos. Con respecto a la primera categoría, se requiere la intención de perpetrar cierto crimen (esto es la intención compartida de todos los coautores). Con respecto a la segunda categoría (que es realmente una variante de la primera), se requiere conocimiento personal del sistema de maltrato (sea probado por testimonio expreso o inferido razonablemente de la posición de autoridad del acusado), así como la intención de concretar este sistema concertado común. Con respecto a la tercera categoría, se requiere la intención de participar y procurar la actividad criminal o el propósito criminal de un grupo, y contribuir a la articulación de la empresa criminal o a la comisión del crimen por parte del grupo. Para que surja responsabilidad por un crimen distinto a aquel acordado en el propósito común, se necesita un estado mental en el cual la persona si bien no pretende que se presente cierto resultado, está consciente de que las acciones del grupo pueden llevar a este y, no obstante, toma voluntariamente el riesgo. En otras palabras, se requiere dolo eventual.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

1) La empresa criminal conjunta reconoce la centralidad de la acción colectiva en la atrocidad de masas. En ese sentido, ayuda a superar la típica dificultad de demostrar las contribuciones individuales de los participantes, lo cual resulta particularmente útil en lo que respecta a la imputación de crímenes cometidos en un contexto

de guerra. Sin embargo, por esta misma razón la fórmula resulta problemática en términos de la garantía del principio de la responsabilidad penal individual.

- 2) Tiene en cuenta que los crímenes atroces pueden ser perpetrados a través de redes informales y dispersas, y en ese sentido permite sancionar las conductas cometidas por individuos pertenecientes a organizaciones criminales no jerárquicas.
- 3) En la medida en que la empresa criminal conjunta no distingue entre integrantes armados y miembros civiles de organizaciones criminales para efectos de la imputación por los crímenes cometidos por las mismas, es muy útil para establecer responsabilidades penales a culpables políticos. Sin embargo, por esta misma razón puede ser muy criticado en términos de derecho penal liberal, puesto que se puede terminar imputando responsabilidades penales a actores que solo serían responsables civilmente.
- 4) Las relaciones jerárquicas de subordinación son completamente irrelevantes para atribuir responsabilidad, permitiendo evidenciar una variedad de relaciones más multifacéticas. Después de todo, los crímenes de masa son usualmente resultado de una mutua connivencia, en la cual ningún autor controla del todo a otro y es frecuente que los involucrados implementen estrategias criminales más allá de los términos dados por sus superiores en sus directrices. Sin embargo, en la medida que puede resultar un modelo muy abstracto, es posible que no dé cuenta de las relaciones jerárquicas particulares que se desarrollan incluso en organizaciones que funcionan en red.
- 5) Estigmatiza seriamente a los perpetradores como autores de los crímenes imputados y no como simples partícipes. Sin embargo, en la medida que la atribución de responsabilidad por participar en una empresa criminal conjunta es irreductiblemente vaga es posible que no se contribuya mucho a la reconstrucción de la verdad histórica sobre los diferentes grados de responsabilidad de manera adecuada.

Limitaciones de la fórmula

- 1) La doctrina podría toparse con serios problemas al aplicarse a una red criminal esparcida por muchos países. Sin riesgo de exageración, podría afirmarse que un vendedor de drogas en Estados Unidos hace parte de la misma empresa criminal de un miembro del cartel de Medellín o, lo que es más grave, que los enlaces creados a través de internet entre grupos terroristas, traficantes de drogas y todo tipo de mercenarios permiten inferir la existencia de una sola empresa criminal mundial (Culpabilidad por asociación).
- 2) Es muy difícil determinar el alcance del acuerdo logrado entre los miembros de una empresa criminal conjunta -lo cual es determinante para atribuir responsabilidad por dolo eventual-, especialmente si se tiene en cuenta que es casi imposible encontrar por escrito los términos y condiciones del acuerdo delictivo (Problema de elasticidad).
- 3) El número de empresas criminales constituidas en medio de una guerra, su duración y composición es un problema definido subjetivamente -y por tanto de distintas maneras- por los distintos intervinientes en un proceso judicial (Problema de vaguedad).

Aplicabilidad en Colombia

La aplicación de un modelo como la empresa criminal conjunta en Colombia tendría que superar varias preguntas en cuanto al principio de legalidad. La consagración normativa de lo que se entiende por autoría y participación en Colombia se encuentra en la parte general del Código Penal (artículos 29 y 30). Aunque por vía jurisprudencial se podrían interpretar las disposiciones correspondientes de manera que figuras nuevas de imputación se incorporaran al régimen jurídico co-

lombiano, los jueces no han estado abiertos a esta posibilidad. En este sentido, un juez que quisiera aplicar un modelo de imputación como la empresa criminal conjunta, tendría que ser muy cuidadoso en cuanto al principio de legalidad y la posible denuncia del exceso de su activismo judicial.

En caso tal que se decidiera utilizar la empresa criminal conjunta esta figura sería útil en la medida en que su textura abierta y abstracta se utilizara para dar cuenta de la manera más exhaustiva posible de las particularidades de la guerra y de los aparatos combatientes. No obstante, podría también ser perfectamente inútil, puesto que en sí misma no requiere de pruebas contextuales. Esta figura no corresponde a ningún modelo de aparato u organizaciones criminales como tal y es por lo tanto insensible a la asimetría de relaciones de poder interna a todo aparato criminal basado sobre la división de roles (planificadores y ejecutores). Se podría terminar suponiendo un acuerdo sin tener en cuenta los elementos materiales de cómo funciona la guerra.

2.2. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

Descripción

La teoría de la autoría mediata está vinculada a la moderna teoría de la autoría conocida como “dominio del hecho” (Tatherrschaft). Esta teoría considera que el autor del crimen es quien, reuniendo los elementos personales o especiales exigidos y cumpliendo con el resto de los elementos del tipo, domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso. En ese orden de ideas, la teoría es particularmente útil para distinguir claramente entre autor y partícipe. Es autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y solo colabora con un hecho doloso ajeno.

Un autor mediato puede cometer un delito de diversas maneras. En primer lugar, puede forzar, coaccionar o amenazar a otra persona para que lleve a cabo el crimen (coacción). En segundo lugar, puede inducir al error o engañar a otra persona para la comisión del delito (error). En tercer lugar, puede utilizar como instrumento a una persona que es legalmente incapaz de ser culpable (inimputable), como puede ser el caso de un niño o de una persona con trastornos mentales. Finalmente, el autor mediato puede también llevar a cabo su intención criminal a través de un aparato organizado de poder, donde un superior jerárquico emite órdenes que deben ser cumplidas por piezas fácilmente sustituibles (fungibles) en caso de que éstas últimas incumplan su encargo.

Esta última forma de autoría mediata se diferencia marcadamente de las tres previas, en la medida en que tanto el ejecutor mediato como el inmediato son declarados autores responsables del crimen cometido. En las primeras tres variedades de autoría mediata el instrumento carece de culpabilidad legal. Sin embargo, en un aparato organizado de poder, imputarle responsabilidad tanto al instrumento como al “hombre de atrás” es posible, pues el fundamento de la autoría parte de diferentes presupuestos. Mientras que la responsabilidad del autor mediato se fundamenta en el hecho de haber usado el aparato de poder para planear y llevar a cabo el acto criminal (dominio de la organización), la del autor inmediato se fundamenta en haber usado sus propias manos para ejecutar el mismo acto (dominio de la acción)²⁶.

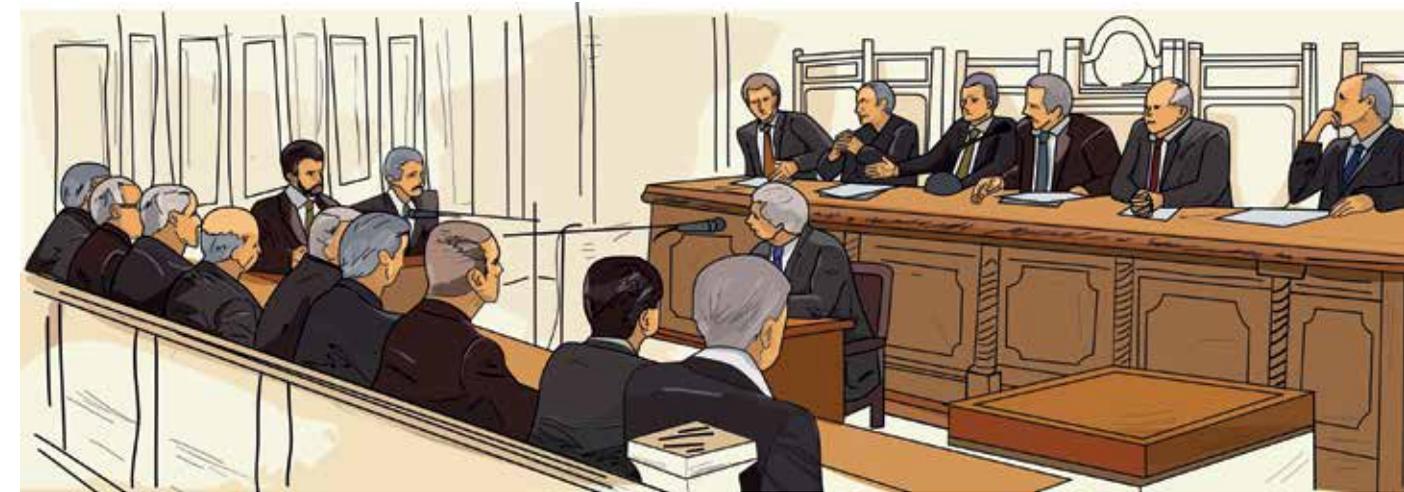
26 Ver: Roxin, Claus. (2003). Autoría mediata por dominio en la organización. En *Revista Peruana de Ciencias Penales* número 13. Mark Osiel sugiere que la teoría del dominio de un aparato organizado de poder puede complementar la doctrina de la responsabilidad del superior. Según Osiel, la teoría del dominio de un aparato organizado de poder, liberada del acento fuertemente weberiano de sus formulaciones iniciales en Roxin y adaptada por lo tanto a la flexibilidad organizacional de las nuevas estructuras criminales sin perder de vista la asimetría interna de sus relaciones de poder, puede solucionar algunas de las principales dificultades probatorias que enfrenta el operador judicial cuando precisa mostrar “control efectivo” del superior sobre el subordinado y relación causal entre la omisión del superior y la comisión del crimen. Véase: Osiel. *The Banality of Good*. Op. Cit. p. 1830-1837.

La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder permite juzgar a quien domina la configuración del injusto como autor del hecho punible, resolviendo el problema de que “el hombre de atrás” sea juzgado como determinador y no como autor. Originalmente la teoría fue formulada por Claus Roxin en 1963, en su libro sobre autoría y dominio del hecho en el derecho penal, a propósito del fundamento requerido para procesar a líderes nazis que no habían tenido participación directa en crímenes específicos, como en el caso de Adolf Eichmann.

Según Kai Ambos²⁷, 30 años después de que Roxin presentó su doctrina del “dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, la teoría no ha experimentado desarrollos completos que supriman las visiones de Roxin. Ambos dividen los desarrollos posteriores sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en cuatro grupos de autores. En el primero se encuentran los que comparten el criterio de dominio por organización en virtud de la fungibilidad de los actores. En el segundo grupo se encuentran los que desarrollan otros fundamentos para conceptualizar el dominio por organización, utilizando conceptos como el dominio de configuración o el dominio de la acción del hombre de atrás, en lugar del dominio por voluntad. En el tercer grupo se encuentran los autores que desarrollan equivalentes al dominio por organización, como por ejemplo cuando se sustituye este concepto por el requisito de tener que probar que existían personas dispuestas a llevar a cabo el hecho, en lugar de hablar de fungibilidad de los actores, que obviaría, entre otras condiciones, la especialización de los miembros de una organización criminal. En último lugar se encuentran los autores que presentan puntos de vista discrepantes, como los que defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro.

27 Tomado de: Ambos, Kai. (Marzo de 2000). Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones.

Casos en que la autoría mediata a través de aparato organizado de poder ha sido aplicada



1) Procesos contra los antiguos comandantes de las Juntas Militares (Argentina)

Se conoce como Juicio a las Juntas el proceso judicial realizado por la justicia civil en la Argentina en 1985, por orden del presidente Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989) contra las tres primeras juntas militares de la dictadura que se llamó Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983), debido a las graves y masivas violaciones de derechos humanos cometidas en ese período. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (que funcionó como primera instancia) condenó a algunos integrantes de las tres primeras juntas militares, usando para el efecto la teoría de la autoría mediata a través de aparato organizado de poder y rechazando la teoría formal-objetiva que en parte aún se defendía en la Argentina²⁸.

28 De acuerdo con la teoría objetivo-formal, autor es quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las conductas descriptas en los tipos penales. Las demás personas que intervengan en el delito son sólo cómplices o instigadores.

Para el efecto, la Cámara primero concluyó que algunos de los procesados, en su calidad de Comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista, que básicamente consistía en:

- a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia;
- b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia;
- c) interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;
- d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral;
- e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento;
- f) permitir la amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que po-

día ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

Para establecer si los procesados que emitieron tales órdenes eran o no responsables, la Cámara consideró que tanto el Código de Justicia Militar como el Código Penal permitían aplicar como modelo de imputación la autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito. En el caso concreto argentino, los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar. En este contexto, los jueces consideraron que el ejecutor concreto de los hechos perdía relevancia. El dominio de quienes controlaban el sistema sobre la consumación de los hechos criminales era total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría. El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.

Por otra parte, los jueces consideraron que la falta de conocimiento por los procesados de la existencia de cada uno de los hechos individuales y de la identidad de las víctimas no era relevante, pues la directiva dada por los acusados aludió genéricamente a todo “subversivo”, dejando amplia libertad a los inferiores para determinarlo y proceder en consecuencia. Adicionalmente, establecieron que aunque esta directriz fue general también fue lo suficientemente vinculante, por lo que incluso cuando decidieron acabar la guerra, los actos criminales cesaron aunque no hubiera órdenes directas.

Finalmente, para descartar la posibilidad de aplicar otro modelo, como la coautoría, finalmente agregaron:

podría sostenerse asimismo, y con razonable fundamento, que es de aplicación al caso una coautoría por división de funciones.

Empero, habida cuenta que de esta alternativa no se deriva ninguna consecuencia relevante que la justifique, el Tribunal estima más útil mantener la calificación de autoría mediata para la conducta de los procesados.

El fallo fue luego apelado y revocado por una estrecha mayoría ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo que la autoría mediata a través de aparato organizado de poder representaba una extensión del concepto de autoría impermisible por no haber alcanzado suficiente relevancia en la jurisprudencia ni en la doctrina y tampoco tratarse de una concepción lo suficientemente concreta²⁹. A pesar del fallo disidente de la Corte Suprema de Justicia, el fallo de la Cámara, así como las opiniones disidentes de la apelación, han sido citados como fuente de autoridad en una variedad de juicios recientes de derechos humanos en Argentina.

2) Procesos contra los antiguos guardias del muro de Berlín (Alemania)

En 1994 el Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán) aplicó la teoría de la autoría mediata a través de aparato organizado de poder para condenar a tres miembros del Consejo Nacional de Defensa (Nationaler Verteidigungsrat) de la antigua República Democrática Alemana, incluyendo a un antiguo Ministro de Defensa.

Los acusados fueron encontrados responsables por emitir regulaciones y órdenes a los soldados del lado Este del muro de Berlín (también llamados Mauerschützen o tiradores de muro), para que evitaran que los civiles escaparan a través del muro, bien fuera arrestándolos o aniquilándolos (vernichtet). Como resultado de tales directrices, entre

²⁹ Sentencia de la CSJN, 30 de diciembre de 1986, voto de Enrique Petracchi y Jorge Bacqué. Citada por CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Allard K. Lowenstein. (Mayo de 2008). Opinión Experta sobre la Extradición y los Modos de Responsabilidad Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Por publicar.

1971 y 1989 los guardias dispararon a siete “fugitivos de la república de Alemania del Este,” quienes murieron bien fuera por el impacto de las balas o por explosiones de las minas terrestres que habían sido ubicadas en el lugar. Con posterioridad a los hechos, los guardias fueron condecorados y premiados con dinero y tiempo libre extra.

De acuerdo con el Tribunal, la autoría mediata se presenta cuando el autor, usando estructuras organizadas de poder,

aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados. (...) Si en tal caso, el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, en especial, si aprovecha la disposición incondicional del autor inmediato a realizar el tipo y el hombre de atrás desea el resultado, es autor en la forma de autoría mediata³⁰.

El fallo fue luego conocido en el 2001 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró que los miembros del Consejo Nacional de Defensa eran individualmente responsables por la administración del régimen del borde del Este de Alemania y que su conducta era contraria a las leyes escritas de Alemania del Este.

3) Caso Fujimori

En mayo de 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú condenó al expresidente Alberto Fujimori por graves violaciones a los derechos humanos. En específico se le condenó por ser autor mediato de los crímenes de La Cantuta y Barrios Altos, considerados crímenes de lesa humanidad.

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGH) Alemán en asuntos penales (BGHSt, Tomo 40, pág. 218 y ss.) citadas textualmente en: Ambos y Grammer. Tomado de: CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale. Op. Cit.



Alberto Fujimori. Fotografía: archivo El Tiempo ©

La Sala estableció que Fujimori organizó, conjuntamente con Vladimiro Montesinos Torres, una estructura de poder que funcionaba desde el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y que tenía como misión combatir a la subversión, eliminando supuestos elementos terroristas. Cuando la sentencia analizó el rol de Alberto Fujimori en el aparato de poder señaló con certeza que “desde el SIN se diseñó una guerra sucia autorizada por el acusado”, y agregó: “No hay duda que la decisión (de aplicar la guerra sucia) provino del Presidente de la República”.

La fiscalía acusó a Fujimori como autor mediato de los delitos de asesinato, lesiones y secuestro cometidos a través del dominio un aparato de poder organizado. Desde la consideración del tribunal ese dominio del autor se debió ejercer sobre el aparato organizado y es un dominio directo sobre las personas que intervienen en la comisión del evento

criminal. Siendo esto así, el tribunal consideró que se verificó la existencia de un poder de mando del acusado, la desvinculación del derecho de las acciones del aparato, la fungibilidad de los ejecutores y la elevada disposición de los autores a cometer los hechos. Ello los llevó a la conclusión de que se acreditó debidamente la condición del acusado como autor mediato³¹.

Elementos probatorios

De acuerdo con la versión original de Roxin –que representa la escuela de pensamiento dominante– se deben probar tres elementos esenciales para demostrar la existencia de autoría mediata a través de aparato organizado de poder:

- i) La existencia de una organización estructurada jerárquicamente, sobre la cual el autor mediato ostenta poder.

El Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá precisó de este modo los componentes de este elemento probatorio: “(i) la existencia de una estructura jerárquica; (ii) que la estructura fue instrumental para la realización del delito en relación con sus políticas u órdenes; y (iii) que el líder en cuestión tenía un control efectivo o una influencia sobre la estructura en el período de tiempo y el área territorial en la que ocurrieron los hechos”³².

Es importante aclarar que autor mediato no es solamente el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. En consecuencia, pueden existir múltiples autores mediatos en una sola organización criminal.

El control del autor mediato sobre el ejecutor no necesita ser directo. Al contrario, la responsabilidad del hombre de atrás aumenta mientras más lejos está del suceso, pues la pérdida de la proximidad con el hecho se compensa por el quantum de dominio organizativo, el cual se acrecienta en la medida en que se asciende sobre la cadena de mando.

No se requiere demostrar que existieron órdenes específicas, aunque es útil presentar evidencia sobre las órdenes generales impartidas o el acuerdo criminal.

- ii) La fungibilidad del personal subordinado, que debe llevar a cabo las instrucciones de sus superiores.

Es indispensable que exista la posibilidad ilimitada de remplazar al autor inmediato, para lo cual se requiere que la organización tenga una cantidad considerable de personas a su servicio, que permita el cambio del ejecutor en caso de que se niegue a cumplir la orden. En otras palabras, se debe demostrar que el autor inmediato no es más que un engranaje mecánico al interior de la maquinaria de la organización.

- iii) Que la actividad desempeñada por la organización esté al margen de la ley, pues en tanto la dirección y los órganos de ejecución estén unidos a un orden jurídico independientemente de ellos, las leyes conservan su rango superior y la sola ejecución de la orden ilegal excluye el poder de voluntad del determinador.

Sin embargo, no se requiere que todos los actos de la organización estén fuera del ordenamiento jurídico, pues la autoría mediata resulta aplicable incluso en ocasiones en que se trata de aparatos de Estado.

A los tres anteriores requisitos se suma en ocasiones un cuarto: que el autor mediato aproveche la disposición incondicional del autor inmediato para la realización del tipo penal. Esta disposición del ejecutor aumenta la probabilidad de cumplimiento de la orden y, por tanto, favorece el domi-

31 Rivera Paz, Carlos y Salazar García, Antonio. Condenan a Fujimori como autor de crímenes de lesa humanidad. Recuperado de <http://alainet.org/active/29829&lang=es>

32 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 30 de octubre de 2013, sentencia contra Hebert Veloza García.

nio del hecho por parte de los hombres de atrás. Por muchos años, los doctrinantes sostuvieron que la culpabilidad del ejecutor material no era relevante, porque el éxito o fracaso del autor mediato dependía del control sobre el aparato más que sobre un individuo. Sin embargo, después de que las cortes alemanas agregaron éste último elemento, Roxin ha llegado a reconocer la existencia de esta cuarta categoría³³.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

- 1) Visibiliza la estructura y forma de operación de las organizaciones delictivas estructuradas verticalmente, posibilitando que se use el proceso judicial como oportunidad para dejar en evidencia el accionar de las organizaciones criminales ante la sociedad. Así, en varias de las sentencias de Justicia y Paz, por ejemplo, se han realizado esfuerzos por esclarecer las formas generales de operación de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y de cada una de sus estructuras internas, para poder dar sustento a las imputaciones penales en aquellos casos en los que están involucrados los comandantes de frentes y bloques.
- 2) Tiene un efecto ordenador en la representación de la atrocidad masiva, en tanto permite conectar una masa de delitos atroces –que de otra manera podrían aparecer como inconexos o aislados– al funcionamiento de una estructura armada de poder.
- 3) Distingue entre superiores jerárquicos y mandos medios y bajos, y no es indiferente frente a las complejas dinámicas de poder al interior de las organizaciones criminales.

33 Al respecto, ver: CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Allard K. Lowenstein. (Mayo de 2008). Opinión Experta sobre la Extradición y los Modos de Responsabilidad Penal Ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Por publicar.

- 4) En situaciones donde existe una fuerte relación jerárquica entre los intervinientes y no es claro que exista mutuo acuerdo entre ellos, la autoría mediata parece ser la mejor opción.
- 5) Al distinguir claramente entre autor y partícipe, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder permite juzgar a quien domina la configuración del injusto como autor del hecho punible. Si no existiera la teoría de la autoría mediata, aquellos que dominan la configuración del injusto serían juzgados como cómplices o determinadores (partícipes), pero no como autores. En ese orden de ideas, estigmatiza más seriamente a los perpetradores de los crímenes imputados.
- 6) Ayuda a superar la dificultad de demostrar que “el hombre de atrás” emitió una orden o un mandato, a través del cual otorgó expresas y específicas instrucciones de cometer el hecho punible, para poder responsabilizarlo por los delitos cometidos por sus subordinados. Esto es así por cuanto no se requiere demostrar el dominio del hecho concreto, sino el control de la fuente del riesgo, el aparato organizado de poder.
- 7) Reconoce que la única contribución del “hombre de atrás” normalmente consiste en planear y motivar el hecho, no en hacer parte de la etapa de ejecución del mismo.
- 8) Reconoce que el autor mediato y el inmediato no comparten necesariamente la decisión común de realizar el acto delictivo, pues frecuentemente ni siquiera se conocen. En ese orden de ideas, no requiere que se pruebe un plan o designio común, pues entiende que una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho.

Limitaciones de la fórmula

- 1) El empeño por atribuir responsabilidades penales a los máximos mandos de un aparato organizado por todos los delitos cometidos por los integrantes de la organización puede generar problemas en términos del respeto a garantías

penales y la función de esclarecimiento histórico. Un uso poco riguroso de la fórmula puede inferir el dominio del hecho de la simple posición formal de una persona en la organización, evitando así el esclarecimiento de responsabilidades penales individuales en casos en los que, por ejemplo, los subordinados actuaron por su propia cuenta.

- 2) Le otorga menos importancia al acto del ejecutor que al del “hombre de atrás”, a pesar que este último haya cometido el acto con dolo, sin desconocer que en todo caso tanto el autor mediato como el inmediato son responsabilizados penalmente. Lo anterior funciona cuando el “hombre de atrás” retiene de manera evidente el control sobre las operaciones, pero no cuando se trata, por ejemplo, de organizaciones altamente ideologizadas con elevada formación político-militar, cuyos miembros están profundamente comprometidos con el accionar de la organización de la cual forman parte.
- 3) No permite sancionar los crímenes atroces perpetrados a través de redes informales y dispersas, pues es útil solamente para sancionar las conductas cometidas por individuos pertenecientes a organizaciones criminales jerárquicas.
- 4) No permite sancionar al personal administrativo que posibilita el funcionamiento de la organización delictiva.
- 5) Presume generalmente que el autor realizó algún tipo de acto positivo que activó los eventos que resultaron en la comisión del crimen. Las omisiones, por ende, son más difíciles de juzgar. Sin embargo, no es imposible hacerlo. Por ejemplo, en una sentencia de Justicia y Paz se atribuyó responsabilidad penal al comandante del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC por la violación sexual cometida por uno de sus subordinados, por cuanto “no ejerció los controles debidos frente a su subalterno para evitar este tipo de comportamientos”³⁴.

34 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 7 de diciembre de 2011, Sentencia contra Edgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres.

- 6) Es difícil aplicar la autoría mediata cuando se trata de aparatos de Estado. Para lograr hacerlo en Perú, por ejemplo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación tuvo que recurrir creativamente a una idea que sintetizaron con las siguientes palabras:

la construcción doctrinaria de Roxin encuentra una aplicación más sencilla y directa en casos en que se practicó de manera sistemática y generalizada graves violaciones a los derechos humanos por parte de un Estado totalitario o en régimen dictatorial. La diferencia con el caso peruano es obvia. Las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado ocurrieron por lo general durante regímenes democráticos, con elecciones periódicas, libertad de expresión y derechos constitucionales vigentes. La aplicación de la teoría no puede ser, entonces, mecánica, ni puede justificar por sí sola la responsabilidad del poder político sobre los actos que implican graves violaciones a los derechos humanos. En concreto, si fue sencillo jurídicamente vincular a Videla con todas las desapariciones ocurridas en Argentina, no procede acusar automáticamente como autor mediato o coautor de una violación a los derechos humanos al Presidente Constitucional de la República, ni tampoco a las autoridades políticas militares y civiles. En el caso peruano, entonces, es necesaria una elaboración ulterior.

Para ello, fue de gran utilidad el análisis de los regímenes de excepción y las funciones de los comandos políticos militares. El ciclo de la violencia en el Perú, así como la información relevante de los patrones, sirvió para concluir si en el tiempo y lugar en que ocurrió el hecho existía un patrón consistente de violaciones. Si ello era así, era legalmente pertinente considerar la cadena de mando, por lo menos hasta el jefe del comando político militar, zona o subzona. La aplicación no era inmediata, pero era posible establecer una presunción que le diera sentido a la ulterior investigación jurisdiccional.

Dichas consideraciones tenían que ver con el hecho de que ni el Estado ni las fuerzas armadas o la Policía Nacional eran o son organizaciones al margen de la ley, pero que en el ejercicio de una facultad genérica podrían verificarse situaciones en donde zonas, áreas o unidades si se pusieron al margen del Estado de Derecho e implementaron una estrategia sistemática de violaciones a los derechos humanos. La responsabilidad penal de agentes del Estado, por tanto, puede hacer uso de la doctrina expuesta pero también de la aproximación clásica en donde se distingue autoría y participación.

Aplicabilidad en Colombia

El artículo 29 del Código Penal colombiano establece que autor es quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Sólo en el 2010 la Corte Suprema de Justicia reconoció la autoría mediata a través de aparato organizado de poder como una modalidad de imputación admisible bajo la definición de autor del artículo 29. Antes de eso, la jurisprudencia del alto tribunal había sostenido consistentemente que la autoría mediata solo se configuraba cuando una persona utilizaba a otra como simple instrumento para que cometiera el delito, sin que mediara acuerdo expreso o tácito. De acuerdo con la Corte, la autoría mediata únicamente se presentaba cuando el “hombre de atrás” era el único responsable de la conducta punible, pues la persona utilizada como instrumento para la ejecución material del hecho desplegaba una conducta atípica o actuaba bajo alguna causal de exclusión de responsabilidad o era inimputable³⁵. En el mismo sentido, la doctrina tendió mayoritariamente a negar la aplicabilidad en Colombia de la autoría a través de aparatos de poder. Así, en la década de los ochenta los doctrinantes tendían a exponer un concepto restringido de la autoría mediata, indicando por ejemplo

35 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia, 29 de septiembre de 2003, radicación 19734 y auto de única instancia, 10 de junio de 2008, radicación 29268.

que autor mediato es la persona que no ejecuta la infracción por su propia mano, sino que se vale de otra, a la que utiliza como simple instrumento para su ejecución³⁶, quien se vale de un inimputable o de un inculpable para ejecutar el delito³⁷ o “el que comete el delito por intermedio de otra persona que actúa inconscientemente o por insuperable coacción física o moral”³⁸.

A comienzos del 2000, algunos autores mencionaban la figura, pero negando su aplicabilidad en Colombia. Alberto Hernández Esquivel, por ejemplo, afirmaba que en Colombia se había aceptado sin mayor discusión el dominio de la voluntad por coacción, error o inimputabilidad, pero que era

más discutible y a nuestro juicio no aplicable en nuestro Código la hipótesis de autoría mediata denominada por Roxin “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”, porque responde con mayor precisión al fenómeno jurídico que denominaremos determinación, toda vez que el ejecutor material también es autor; es decir, se presenta lo que se denomina, por Roxin, el autor detrás del autor, y ambos responden con la misma punibilidad³⁹.

Detrás de esta concepción parecía primar la preocupación de que quien ejecutara el acto no fuera considerado tan responsable por el delito como el autor mediato. Sin embargo, recuérdese que la autoría mediata a través de aparato organizado de poder se diferencia marcadamente de las otras formas de dominio de la voluntad porque tanto el ejecutor mediato como el inmediato son declarados autores responsables del crimen cometido, pues mientras que la responsabilidad del autor mediato se fundamenta en el hecho de haber usado el aparato de poder para planear y llevar a cabo el acto criminal (dominio de la organización), la del autor inmediato se fundamenta en haber usado sus propias

36 Estrada, Federico. (1981), p. 164.

37 Pérez, Luis Carlos. (1981), p. 388.

38 Vargas, Pedro P. (1985), p. 129.

39 Hernández Esquivel, Alberto. (2002), p. 274.

manos para ejecutar el mismo acto (dominio de la acción)⁴⁰.

Y en el más reciente trabajo de Fernando Velásquez se afirma que cuando el Código Penal colombiano se refiere en la parte general a la autoría mediata, en realidad está aludiendo a eventos en los que existe dominio de la voluntad de otro (instrumento) por un “hombre de atrás”, “circunstancia que excluye la clasificación de los casos de “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” como modalidad de autoría mediata (a diferencia de lo planteado por una vertiente doctrinal), pues el texto es muy claro: “*utilizando a otro como instrumento*”⁴¹.

Sin embargo, en la década del 2000 también aparecen algunos trabajos que abogan por la aplicabilidad de esta fórmula de imputación. En primer lugar, Álvaro Márquez realizó un estudio sobre la autoría mediata en el 2002⁴² y dedicó un acápite entero a plantear el fundamento jurídico de la instrumentalización a través de aparatos organizados de poder. En sentido similar, José Fernando Reyes publicó un artículo en el que discutía las posibilidades de aplicación de esta figura en Colombia⁴³.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación publicó el concepto que sobre el caso Machuca escribió el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, como ejemplo de aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder⁴⁴. Lo que más interesaba en dicho caso era poder atribuirle responsabilidad a la cúpula de

la organización contra-estatal, el Ejército de Liberación Nacional, por los actos cometidos por sus subordinados, quienes dinamitaron el oleoducto Cuisiana-Coveñas y desataron un incendio que causó la muerte de 84 personas y heridas a 30 personas. Para el efecto, la Procuraduría reconoce que la figura de la coautoría no es muy útil, porque no es posible probar que todas las personas que intervinieron en el delito establecieron contacto, discutieron el plan y distribuyen los roles⁴⁵. Tampoco es muy útil la figura de la determinación, porque para aplicarla sería necesario probar que la cúpula del ELN ordenó concretamente al grupo “Cimarrones” dinamitar el oleoducto⁴⁶, lo cual es imposible, si se tiene en cuenta que las órdenes dadas por la cúpula de aparatos organizados “suelen ser directrices genéricas o estrategias orientadas al logro de unos objetivos, donde a lo sumo se emite la instrucción general y el *modus operandi*, sin especificación alguna de cada acto concreto que deban realizar los diversos frentes”⁴⁷. En ese orden de ideas, concluye que “no es posible resolver el caso con la sola interpretación de las disposiciones de ley que establecen las categorías dogmáticas tradicionales del derecho penal”⁴⁸, pues “no se trata de un homicidio más cometido en cualquier vereda de Colombia, sino del resultado de una gravísima y compleja acción delictiva”⁴⁹.

La Procuraduría propone entonces aplicar la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, por tratarse de una figura sensible a las particularidades de la guerra, siendo suficiente probar que la cúpula del ELN (grupo organizado jerárquicamente al margen de la Ley) emitió la orden general de atentar contra la infraestructura petrolera del país y que dicha orden fue cumplida por instrumentos fungibles al interior del aparato organizado, para imputarle responsabilidad a la cúpula por los 84 homicidios a título de dolo eventual⁵⁰.

45 Ibidem, p. 11.

46 Ibidem, p. 29.

47 Ibidem, p. 12.

48 Ibidem, p. 57.

49 Ibidem, p. 57.

50 Ibidem, p. 12-14 y 98.

40 Ver: Roxin, Claus. (2003). Autoría mediata por dominio en la organización. En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, número 13.

41 Ver: Velásquez, Fernando. (2007), p. 455.

42 Ver: Márquez Cárdenas, Álvaro E. (2002). *La autoría mediata en el derecho penal, formas de instrumentalización*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

43 Reyes Cuartas, José F. (2004). La autoría mediata con aparatos organizados de poder. En *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 75. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 135 y ss.

44 Ver: Procuraduría General de la Nación. (2006). La Masacre de Machuca, autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Concepto rendido ante la Corte Suprema de Justicia por Francisco Javier Farfán Molina, Procurador Primero Delegado para la Casación Penal.

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de marzo de 2007, no acogió la tesis de la Procuraduría y decidió condenar a la cúpula del ELN por coautoría impropia y no por autoría mediata a través de aparato organizado de poder. La Corte consideró que quienes detonaron la carga explosiva no actuaron como simples instrumentos de la cúpula⁵¹.

Como ya se indicó, en el 2010 la Corte Suprema varió esta postura y admitió la aplicabilidad de la fórmula de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Al juzgar la responsabilidad penal del ex senador Álvaro García Romero por la masacre de Macayepo, que fue ejecutada en el año 2000 por integrantes del Bloque Héroes de Montes de María de las AUC, la Corte indicó que:

cuando se está ante el fenómeno delincriminal 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 impunidad⁵².

51 Textualmente dijo la Corte: “en este caso no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”, como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetuar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia, sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños”. Sentencia del 7 de marzo de 2007, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de febrero de 2010, Radicado 32805. Única instancia contra el ex senador Álvaro Alfonso García Romero.

Bajo estas consideraciones, el ex senador García, quien fue fundador y auxiliador del referido bloque de las AUC, fue condenado por la Corte Suprema como autor mediato de la masacre.

En el 2012 la Corte ratificó la aplicabilidad de esta fórmula de imputación al efectuar el control de legalidad de los cargos formulados contra el comandante del Frente “William Rivas Hernández” del Bloque Norte de las AUC, en el marco del proceso de Justicia y Paz. Ya en un par de decisiones del 2009 la Corte había dado algunas puntadas sobre la utilidad de esta modalidad de autoría en el contexto de la justicia transicional⁵³, pero es en esta decisión del 2012 que el alto tribunal aplica efectivamente la fórmula.

En línea con el giro jurisprudencial de la Corte, en las decisiones adoptadas por los Tribunales de Justicia y Paz en contra de comandantes de frentes o bloques de las AUC se utilizó la fórmula de la autoría mediata para atribuir a estos la responsabilidad por los crímenes cometidos por las estructuras bajo su mando⁵⁴. De este modo, la autoría mediata se ha convertido en una de las principales fórmulas de imputación utilizadas en el marco de los procesos de Justicia y Paz. Sin embargo, su aplicación ha tenido ciertas inconsistencias. Así, en algunos casos se ha usado la categoría de determinador, en lugar de la de autor mediato, a pesar de que no se vislumbran elementos fácticos que justifiquen la distinción. Este uso inconsistente de las categorías conduce a confusiones en términos de las funcio-

53 En la nota al pie de una de estas decisiones, la Corte afirmó que “en materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de ‘la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder’, ‘autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable’ o ‘autor detrás del autor’”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de septiembre de 2009. Rad. 32022. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Ver también: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

54 Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 2 de diciembre de 2010, Proceso 2006- 80281 contra Jorge Iván Laverde Zapata; sentencia del 7 de diciembre de 2011 contra Edgar Ignacio Fierro Flores y otro; sentencia del 16 de diciembre de 2011 contra Freddy Rendón Herrera, alias *El Alemán*; y sentencia del 30 de octubre de 2013 contra Hebert Veloza García, alias *HH*.



nes de representación masiva y de esclarecimiento histórico que tienen las decisiones judiciales penales, pues cada categoría implica efectivamente una forma distinta de representarse los hechos. No es claro por qué ciertos hechos que según lo expuesto en los fallos son bastantes similares –homicidios cometidos por paramilitares y que fueron ordenados por el comandante- se imputan unas veces a título de determinador y otras a título de autoría mediata⁵⁵. ¿Sugiere esto que en algunos casos los actos se cometieron como parte de la cadena de mando y de las directrices de la organización, que fueron efectivamente crímenes de sistema, y que en otros casos el comandante dio directrices al margen de este aparato, aprovechándose de su posición de poder en la organización para determinar la conducta de sus subalternos hacia un resultado delictivo que

55 Así sucede por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá contra Hebert Veloza García.

no necesariamente encaja dentro de las lógicas de funcionamiento del aparato?

Las decisiones de Justicia y Paz han avanzado en la labor de esclarecimiento de las formas de operación de aparatos de poder y su responsabilidad en los crímenes de sistema, pero la falta de precisión en el uso de las fórmulas de imputación puede aún dar lugar a confusiones en la representación del fenómeno.

2.3. Coautoría

Descripción

La coautoría representa la ejecución de un delito cometido conjuntamente por varias personas, que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo a una división de funciones de índole necesaria. Se diferencia sustancialmente de la autoría mediata a través de aparato organizado de poder. Mientras la autoría mediata se caracteriza por la supremacía del “hombre de atrás”, en la coautoría todos los intervinientes comparten una disposición de rango equivalente. También se diferencia de la empresa criminal conjunta, pues en la coautoría cada uno de los intervinientes tiene control sobre el hecho delictivo y se frustra la consecución del objetivo si uno de ellos incumple la tarea que le fue atribuida.

La coautoría es equivalente al concepto de la comisión de un crimen “con otro,” de conformidad con el artículo 25(3) (a) del Estatuto de Roma⁵⁶.

Elementos probatorios

- i) La existencia de un acuerdo común para la realización conjunta de un hecho delictivo.

56 Al respecto, ver: CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Allard K. Lowenstein. (Mayo de 2008). Opinión Experta sobre la Extradición y los Modos de Responsabilidad Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Por publicar.

El acuerdo no necesita ser explícito, pero debe poder inferirse de la posterior acción concertada de los coautores. En todo caso, los participantes deben conocer el aporte de los demás en la empresa común, de manera que la acción de cada uno pueda ser imputada a los otros sobre una base recíproca.

- ii) La existencia de una contribución necesaria por cada uno de los coautores, de manera que el propósito delictivo se frustre si alguno de los implicados incumple con la función que le fue otorgada mediante división del trabajo.

Se debate si la contribución debe ocurrir necesariamente en la fase de ejecución del delito o no. La doctrina mayoritaria en España y en Latinoamérica (apegada a la teoría originalmente desarrollada por Roxin) argumenta que la contribución debe necesariamente ocurrir en la fase de ejecución del delito. Por el contrario, la posición mayoritaria en Alemania es que la contribución puede darse en la etapa de planeación, siempre y cuando sea esencial. Esta última postura ha sido recientemente defendida desde la perspectiva del derecho penal internacional.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

- 1) Es particularmente útil tratándose de organizaciones altamente ideologizadas con elevada formación político-militar, cuyos miembros están profundamente comprometidos con el accionar de la organización de la cual forman parte. Por ejemplo, en su disentimiento sobre el caso Lucanamarca (Perú), el Vocal Javier Villa Stein sostuvo que Abimael Guzmán Reynoso, la cabeza de Sendero Luminoso, debía declararse responsable por coautoría y no por autoría mediata. La conclusión de Villa Stein se fundó en la naturaleza específica de la organización terrorista de la cual Guzmán era líder. Según él, los miembros

del Sendero Luminoso eran altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político-militar, lo que los constituía en una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad.

- 2) Es también útil para juzgar los crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado en cuya comisión usualmente concurre un número plural de personas. Especialmente resulta adecuada para juzgar a los miembros rasos de una estructura jerárquica encargados de ejecutar mancomunadamente las directrices de la organización.
- 3) La versión de coautoría más acorde con el derecho penal internacional permite juzgar a quien domina la configuración del injusto, así como a quien materialmente cometió el delito, como autores del hecho punible. No obstante de asumirse –como la doctrina mayoritaria en Latinoamérica lo hace– que el aporte necesario en la coautoría debe ocurrir en la etapa de ejecución final del delito, dicho modelo no permitiría imputarle responsabilidad al “hombre de atrás”, quien normalmente no está presente en la ejecución de los actos que ordena.
- 4) Es indiferente frente a la naturaleza del grupo que perpetró el acuerdo delictivo. Así, puede ser aplicada tanto a organizaciones al margen de la ley como a aparatos de Estado.

Limitaciones de la fórmula

- 1) Autores como Jakobs argumentan que el hecho de que el aparato que perpetra el crimen sea jerárquico es irrelevante para la coautoría como modelo de imputación, porque quienes dan las órdenes están jurídicamente en el mismo rango de aquellos que las ejecutan y el ejecutor material no actúa de modo automático, reteniendo la habilidad de decidir si cumple o no la orden que le fue impartida por su superior. De compartirse tal posición, la coautoría sería un modelo propicio para aplicar tratándose de la responsabilidad de individuos en organizaciones jerárquicas si

se considera que tanto autor mediato como inmediato tienen igual grado de responsabilidad. Sin embargo, se invisibilizaría la diferencia entre superiores jerárquicos y mandos medios y bajos, y su contribución a la guerra. En este sentido, la coautoría sería más útil para responsabilizar a miembros de bandas criminales pequeñas donde se conocen los unos a los otros, pero no para atribuir responsabilidad a miembros de aparatos grandes organizados jerárquicamente o a redes informales y dispersas, donde los distintos intervinientes usualmente no se conocen.

- 2) No permite sancionar, por ejemplo, al personal administrativo que posibilita el funcionamiento de la organización delictiva en la medida que presume que el coautor realizó algún tipo de acto necesario que activó los eventos que resultaron en la comisión del crimen.

Aplicabilidad en Colombia

Como ya se expresó, el artículo 29 del Código Penal colombiano incorpora la figura de la coautoría. Se trata de una categoría clásica de imputación, que ha sido ampliamente aceptada en nuestra tradición jurídica.

La Corte Suprema de Justicia ha distinguido dos tipos de coautoría: la propia y la impropia. La primera se refiere a aquellos casos en los cuales un número plural de personas concurre simultáneamente en la realización del delito. La segunda comprende las situaciones en las cuales existe división del trabajo, de tal manera que cada persona contribuye objetivamente a la consecución del resultado común, pero no ejecuta integral y materialmente la conducta. Para efectos de la representación de atrocidades cometidas en el marco del conflicto armado, la coautoría impropia ha jugado un papel importante en la jurisprudencia nacional y ha sido utilizada por la Corte Suprema para encuadrar casos de criminalidad organizada.

En la jurisprudencia de la Corte es posible rastrear dos versiones de la coautoría impropia en atención

al tipo de criminalidad. Por un lado, puede identificarse una versión restringida que ha sido utilizada en los casos de delincuencia común y, por otro lado, una versión amplia para los casos de delincuencia organizada⁵⁷. La diferencia entre estas dos versiones radica en la exigencia de que la contribución al delito ocurra en la fase de su ejecución, pues mientras la Corte la ha contemplado como un requisito en los casos de delincuencia común, la ha obviado en los casos de criminalidad organizada. En este sentido, la primera versión corresponde a aquella sostenida por la doctrina mayoritaria en América Latina, mientras que la segunda se aproxima a la del derecho penal internacional.

En la versión restringida de la coautoría impropia se precisan tres elementos: acuerdo común –que puede ser tácito o expreso–; división del trabajo, que implica un co-dominio funcional del hecho y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la simple participación en la ideación del delito o en los actos preparatorios para su consumación no materializa la coautoría⁵⁸. Adicionalmente, el aporte en la ejecución debe ser necesario, es decir, debe tratarse de un aporte sin el cual la conducta no se habría consumado.

Tratándose de casos de criminalidad organizada, la Corte no se ha apegado a los anteriores criterios. El caso emblemático en este aspecto es la condena a los miembros de la cúpula del ELN en calidad de coautores por los homicidios y lesiones personales ocurridos como consecuencia de la voladura del oleoducto Cuisiana-Coveñas⁵⁹. De acuerdo con la Corte, en este caso existió un acuerdo de voluntades para dinamitar el oleoducto, en el cual concurren tanto los dirigentes del ELN como los integrantes de la organización que ejecutaron materialmente el delito. Aunque la Corte no iden-

57 Al respecto ver: Cardona, Lina María. (2012). *La Figura de la Coautoría Impropia en la Jurisprudencia Colombiana*. Tesis de grado. Medellín: Universidad EAFIT.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 19213, sentencia del 21 de agosto del 2003.

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 23825, Sentencia del 7 de marzo de 2007.

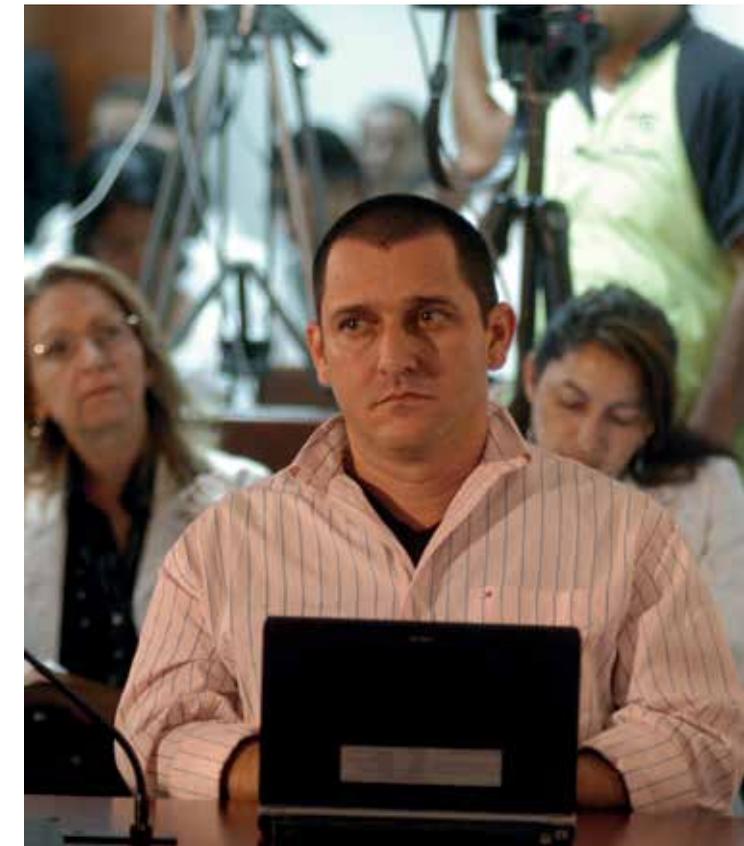
tificó expresamente cuál fue la contribución necesaria de la cúpula para la consumación del hecho, se infiere que asume como tal el que la dirigencia del ELN hubiera definido como parte del plan de acción del grupo el ataque a la infraestructura petrolera. En esta oportunidad, la Corte presenta un concepto de coautoría que aplica específicamente a las organizaciones criminales y que resulta adecuado para el objetivo de atribuir responsabilidad a los comandantes del grupo armado por hechos en cuya ejecución directa no participaron. En este sentido, excluye el requisito de la concurrencia en la fase de ejecución y en su lugar se refiere a la labor de coordinación que se presenta en organizaciones criminales. Según la Corte,

se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo⁶⁰.

Sin embargo, el anterior concepto de coautoría no parece haber tenido una larga carrera en la jurisprudencia nacional⁶¹. Recuérdese que con posterioridad a esta decisión la Corte varió su precedente en relación con la aplicabilidad de la autoría mediata a través de aparatos de poder. En este sentido, en lo que respecta a la atribución de responsabilidad a los dirigentes de grupos armados organizados jerárquicamente, la categoría de coautoría impropia parece haber sido desplazada por la de la autoría mediata.

60 *Ibíd.*

61 La Corte acudió nuevamente a él en el caso de la Masacre de Mapiripán, por el cual resultaron condenados como coautores el entonces jefe de las AUC, Carlos Castaño, un miembro de las autodefensas que participó en la ejecución material de los hechos y dos militares que, mediando acuerdo común, con sus conductas omisivas permitieron la incursión paramilitar.



Ever Veloza. Fotografía: Javier Agudelo / archivo El Tiempo ©

Este desplazamiento resulta manifiesto en los procesos de justicia y paz contra comandantes de frentes o bloques de las AUC en los que, como ya se indicó, la imputación se realizó con la figura de la autoría mediata⁶². Pero esto no significa que la figura de la coautoría impropia haya perdido relevancia en los casos de criminalidad organizada. Por el contrario, en el marco de justicia y paz, esta fórmula de imputación fue la utilizada para atribuir responsabilidades en aquellos casos en los cuales hubo división del trabajo criminal con participación en la ejecución del hecho punible. De hecho, la figura fue utilizada en el caso de miembros

62 Incluso en la sentencia contra el comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las AUC se cambió el título de imputación, que en la formulación de cargos fue el de coautoría, por el de autoría mediata. Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2 de diciembre de 2010, Proceso 2006- 80281 contra Jorge Iván Laverde Zapata.

rasos⁶³, pero también frente a comandantes en aquellos casos en los que no solo ordenaron la comisión del hecho, sino que participaron directamente en su ejecución⁶⁴.

2.4. Posición de garante

Descripción

De acuerdo con la teoría de la posición de garante, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia, de manera que el individuo solo debe responder por las conductas o resultados que debe desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de su ámbito de responsabilidad. De acuerdo con la teoría, estos ámbitos de responsabilidad se delimitan a partir de dos supuestos: (i) cuando el individuo crea un peligro para un bien jurídico (competencia por organización) y (ii) cuando vulnera un deber que proceda de las instituciones básicas que estructuran la sociedad, v.gr. la familia o el Estado (competencia institucional), caso en el cual el garante tiene la obligación de prestar ayuda y proteger a alguien de los peligros que lo amenacen, sin importar que él mismo no haya creado el peligro.

Un ejemplo de competencia por organización, planteado por la Corte Constitucional, es el de un individuo que abre una zanja frente a su casa, creando un riesgo legítimo, pero surgiéndole el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte se caiga en ella (seguridad en el tráfico) y de auxiliar al peatón que efectivamente se caiga (deber de salvamento). Por su parte, un ejemplo de

63 Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 7 de diciembre de 2011 contra Edgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres y Sentencia del 31 de enero de 2012 contra José Barney Veloza García.

64 Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 30 de octubre de 2013 contra Hebert Veloza García (comandante del Bloque Bananero de las AUC). En esta sentencia una buena parte de las imputaciones se realizaron bajo la modalidad de la autoría mediata, excepto en aquellos casos en los que el postulado participó en la ejecución del hecho.

competencia institucional, planteado también por la Corte, es el caso del padre que debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y, si no lo hace, se le imputa el abuso⁶⁵.

De acuerdo con los ámbitos de competencia, para imputarle responsabilidad al garante se requiere simplemente probar que tenía competencia bien sea institucional o por organización, que no cumplió con los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos y que no inició acciones de salvamento, a pesar de contar con la posibilidad material de hacerlo.

La posición de garante puede, asimismo, ser entendida en un sentido restringido o amplio. En sentido restringido, la posición de garante surge de un deber de acción impuesto de manera específica en la legislación y, en consecuencia, el juicio de responsabilidad surge cuando la persona obligada a actuar se abstiene de hacerlo, dando con ello lugar a un resultado dañino. Bajo este entendido, la responsabilidad penal está ligada a los denominados delitos de omisión impropia. En sentido amplio, la posición de garante surge de las expectativas de comportamiento en una sociedad de acuerdo con el rol desempeñado por la persona. A diferencia de la versión amplia, en este caso la responsabilidad penal puede darse tanto por acción como por omisión, pues su fundamento no es la infracción de un deber de acción, sino la defraudación de las expectativas sociales⁶⁶.

Elementos probatorios

Para imputar la comisión de un crimen a un presunto garante se requiere:

- i) Demostrar la posición de garante, bien sea por competencia institucional o por organización.

65 Ver: Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

66 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 25536, sentencia del 27 de julio de 2006.

- ii) Demostrar que no se cumplió con los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos. No es necesario probar si se vulneró el bien jurídico mediante una conducta activa u omisiva. Según la Corte Constitucional, tratándose de una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión⁶⁷.
- iii) Demostrar que no se iniciaron acciones de salvamento, a pesar de contar con la posibilidad material de hacerlo. Si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

- 1) En términos de justicia de imputación, la posición de garante no requiere de la prueba de ningún tipo de acuerdo criminal o propósito común dentro del grupo que cometió o permitió que se cometiera el ilícito. Esto hace que se pueda imputar responsabilidades casi a cualquier persona vinculada con el hecho. No obstante, esto implica que no habría diferencia entre superiores jerárquicos y mandos medios y bajos. Todos serían imputables por las mismas causas, lo cual implicaría que la teoría de la posición de garante es indiferente frente a las diferencias de poder dentro de un grupo determinado. Sin embargo, es importante diferenciar entre los momentos de imputación y de responsabilidad en la aplicación de la posición de garante. Al aplicar la teoría de

67 Ver: Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

la posición de garante, la imputación es objetiva, mas no la responsabilidad de quienes se vieron envueltos en determinados hechos. Diferenciar claramente la imputación de la responsabilidad previene críticas como las realizadas a la figura de la empresa criminal conjunta, donde el copartícipe de una empresa criminal es declarado responsable por los delitos cometidos, independientemente de su nivel de participación en los hechos, lo cual es relevante simplemente en términos de gradación de la pena. Al aplicar la teoría de garante, por el contrario, la imputación objetiva recae en todo el grupo, pero no así la responsabilidad. El juicio de responsabilidad es individual y en él se pueden alegar todos los eximentes existentes en el derecho penal a que haya lugar. Siendo así, no se excede el ámbito de la culpabilidad moral, como sí puede ocurrir al aplicar la figura de la empresa criminal conjunta.

Por ejemplo, supongamos que un militar promedio (A) acude con 20 miembros más de su batallón a un pueblo, con el propósito de detener e interrogar a través de tácticas ilegales a posibles informantes sobre las actividades realizadas por la guerrilla en el área. Supongamos que los 20 miembros se dividen en cuatro cuadrillas de cinco personas. La cuadrilla del militar (A) detiene a un posible informante y lo empieza a torturar, interrogándolo sobre las actividades de la guerrilla en la zona. Sin embargo, el informante no proporciona suficiente información y (B), miembro de la cuadrilla de (A), considera que deben matarlo como escarmiento futuro para quienes guarden información. En ese momento (A) hace todo lo posible por convencer a (B) de que no lo mate e inclusive se enfrenta físicamente a éste último para impedir la acción, posibilitando que el informante huya del sitio, aprovechando la confusión. Al salir del pueblo (A) se entera que otra de las cuadrillas –de la cual él no hacía parte– se vio enfrentada a una situación similar, pero en esta última el informante fue asesinado.

Si se aplica la teoría de la empresa criminal conjunta, el militar (A) sería hallado responsable por homicidio, en virtud de la aplicación de la

tercera categoría: casos que envuelven un propósito común, pero que en el desarrollo de este, uno de los autores comete un acto que aunque se encuentra por fuera de ese propósito común, es una consecuencia predicable de la naturaleza de este. La prueba sería sencilla: (A) participó en el designio común del grupo, así su participación no involucrara la comisión del crimen en específico (homicidio). Adicionalmente, si bien (A) no pretendía que los informantes resultaran muertos, era consciente de que las acciones de su grupo podían terminar en eso y no obstante tomó voluntariamente el riesgo. El grado de participación de (A) sería únicamente relevante para graduar la pena. Por el contrario, si se aplica la teoría de la posición de garante, (A) puede demostrar que inició acciones de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encontraban dentro de su ámbito de responsabilidad, por lo cual la agresión sobre el informante de su cuadrilla no le sería imputable. En cuando al homicidio del informante de la otra cuadrilla, (A) no sería imputable, pues no contaba con la posibilidad material de cumplir son su deber de salvamento. Tampoco sería responsable, por ausencia de dolo o de imprudencia (el garante no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos del informante de la otra cuadrilla) e, inclusive, de haber conocido el riesgo, por la existencia de estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas contra la vida de dos individuos, sólo podía proteger una sola).

2) Adicionalmente, a pesar de que en principio está claro que para el derecho son cosas distintas la responsabilidad –objetiva– administrativa y en derechos humanos en que puede incurrir el Estado –como actor colectivo– por su “posición institucional de garante” de la seguridad de los asociados y la responsabilidad penal –individual y subjetiva– de sus agentes en materia de crímenes de lesa humanidad, como expresión de una “política” –esa sí objetiva– de persecución o exterminio etc., la posición de garante parecería ser una figura más apropiada para imputar responsabilidades en el plano de la reparación administrativa que en el plano de la responsabilidad penal.

Limitaciones de la fórmula

- 1) La figura no parece adecuada para la representación en el campo judicial de los crímenes cometidos por los grupos armados al margen de la ley. Por un lado, de estos no puede predicarse una posición de garante por competencia institucional, en la medida en que sus deberes no proceden de instituciones básicas para la estructura social, impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Los grupos armados no son objeto de deberes positivos, fundamentados en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad, sino de deberes negativos, que nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos. Sin embargo, la posición de garante por competencia organizacional –creación de riesgos– tampoco parece funcionar en estos casos, pues la teoría de los riesgos aplica en relación con riesgos lícitos, por ejemplo, la aviación, la exploración nuclear, el porte legal de armas, el tráfico automotor, etc., mientras que la mayoría de riesgos creados por grupos armados al margen de la ley son ilícitos (construcción de cilindros de gas y minas que quiebra patas, compra ilícita de armas sin salvoconducto a gran escala, presencia ilícita de hombres armados en medio de lugares poblados, etc.).
- 2) La teoría de la posición de garante fue originalmente construida sobre el supuesto de sociedades pacificadas, por lo cual su aplicabilidad presupone altas dosis de normalidad inexistentes en un país en guerra. ¿Qué pasa, por ejemplo, en territorios donde grupos al margen de la ley ostentan el mismo o mayor poder que el del Ejército? ¿Es realista asumir que este último debe responder como garante por la ocurrencia de situaciones anómalas en territorios de nadie? En una zona de guerra, un garante institucional sin aparato no puede de hecho garantizar nada. Por esta razón, si el uso de la teoría es indiferente a esta situación, se puede terminar fomentando modalidades de responsabilidad objetiva que resultan problemáticas desde el punto de vista de las garantías en materia penal.

- 3) Resulta particularmente útil para la imputación de crímenes a los miembros de la fuerza pública por incumplimiento de sus deberes funcionales. Sin embargo, cuando las omisiones a los deberes se derivan de acuerdos criminales con actores armados ilegales, la fórmula resulta inadecuada, pues no permite representar tales alianzas y, en este sentido, puede impedir el esclarecimiento histórico de los hechos.

Aplicabilidad en Colombia

Desde la reforma del 2000, el Código Penal colombiano consagra la vulneración de la posición de garante como fuente de responsabilidad penal. Según el artículo 25 del Código,

quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley (...).

A reglón seguido, la norma enuncia cuatro casos en los que se configura la posición de garante:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que la primera parte del artículo 25 corresponde a la versión restringida de esta figura, en tanto se refiere a la omisión del deber de impedir un resultado. Según la Corte, en estos casos la responsabilidad penal surge por el incumplimiento de un “deber jurídico concreto (establecido en la Constitución o la ley) de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”⁶⁸. Asimismo, esta primera parte del artículo comprende exclusivamente los casos de competencia institucional. Entretanto, la segunda parte del artículo, en la que se indican los cuatro casos constitutivos de la posición de garante, recoge la versión amplia de la figura y comprende tanto casos de competencia institucional –v.gr. la hipótesis de la comunidad estrecha entre las personas de la cual surgen deberes de cuidado–, como de competencia por organización –las distintas hipótesis relativas a la creación de riesgos–. De acuerdo con el mismo Código Penal, la diferencia entre estas dos modalidades de la posición de garante es que los cuatro casos operan únicamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales, mientras que el caso del incumplimiento de un deber concreto opera frente a todos los bienes jurídicos.

La figura de la posición de garante ha estado en el centro del debate jurídico suscitado con ocasión de los procesos penales por la masacre de Mapiripán, ocurrida en 1997. En el 2001, la Corte Constitucional se refirió a la aplicabilidad de la teoría de la posición de garante en el marco del conflicto armado colombiano⁶⁹, al pronunciarse sobre el proceso en contra del general Jaime Humberto Uscátegui, quien para el momento de la masacre era el Comandante de la Séptima Brigada y quien era investigado por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar la incursión paramilitar que desató la masacre. En su sentencia la Corte argumentó que un miembro de la fuerza pública puede ser garante bien sea porque creó riesgos para determinados

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 25536, sentencia del 27 de julio de 2006.

69 Ver: Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre.

bienes jurídicos (tenencia de objetos peligrosos, mando sobre inferiores armados, etc.) o por surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal, como las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, en las cuales la sociedad ha depositado el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos. En cualquier caso, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional. De este modo la Corte determinó que en virtud de su posición de garante el general Uscátegui debía ser investigado por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los paramilitares en Mapiripán⁷⁰.

La jurisdicción penal también tuvo ocasión de discutir sobre la aplicación de esta figura en el proceso desarrollado por los mismos hechos en contra de dos sargentos, a quienes les correspondía la vigilancia del aeropuerto al cual arribaron los paramilitares que cometieron la masacre y del Comandante de la Brigada Móvil II, que tenía bajo su cargo una guarnición muy cercana a Mapiripán. El Tribunal Superior de Bogotá acudió a la figura posición de garante para fundamentar la condena penal en contra de estos militares. La Corte Suprema de Justicia confirmó la condena y reconoció que, en efecto, los militares incumplieron sus obligaciones constitucionales y legales al no resguardar a los pobladores de Mapiripán y sus cercanías en vista de la grave situación de orden público que se vivía en la región. Sin embargo, la Corte determinó que la responsabilidad no se derivaba de la vulneración de la posición de garante, pues a su juicio los militares fueron coautores de los hechos por división del trabajo criminal. Según la Corte, las omisiones de los militares fueron de tal envergadura que solo podían tener sentido como parte de un acuerdo criminal entre los militares y las AUC, y no como el simple incumplimiento de un deber funcional.

70 Para el momento de edición del presente documento, aún no se había dictado sentencia definitiva por parte de la Corte Suprema de Justicia. El General Uscátegui fue absuelto en primera instancia por los hechos de la masacre, pero esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, que lo condenó a 40 años por vulneración de la posición de garante.

La Corte concluyó que

los militares procesados y condenados en las instancias, compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos por el grupo de hombres armados al margen de la ley que arribaron en la fecha de los acontecimientos a la región, y que, por supuesto, estuvieron de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, realizando cada uno de ellos la tarea asignada en el rol que les correspondía de acuerdo con sus funciones⁷¹.

2.5. Responsabilidad del superior⁷²

Descripción

La responsabilidad del superior constituye uno de los primeros modelos de imputación que aparecieron en el derecho internacional para imputar responsabilidades a los superiores jerárquicos por los crímenes cometidos por sus subordinados. Según las normas de Derecho Internacional Humanitario, los comandantes y otros superiores pueden ser penalmente responsables por los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes⁷³.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 25889, sentencia del 26 de abril de 2007.

72 Buena parte de la información fue tomada de Osiel, Mark. (2005). *The Banality Of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*. 105 *Columbia Law Review*. 1751; Ambos, Kai. (2007). *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*. ICJ 5 1 (159); Olásolo Alonso, Héctor. (2007). *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia: Cruz Roja Española, p. 235-240. Para el debate en el ámbito nacional, ver: Andreu, Federico (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen de desaparición forzada*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

73 I Convención de Ginebra, art 49, II Convención de Ginebra, art. 50, III Convención de Ginebra, art. 129, IV Convención de Ginebra, art. 146, Convención de la Haya para la protección de la propiedad cultural, art. 28, Segundo Protocolo de la Convención de la Haya para la protección de la propiedad cultural. Ver también el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 25 y el Estatuto de la Corte penal para La Antigua Yugoslavia, art. 6.

Incluso los comandantes y otros superiores pueden ser penalmente responsables por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían o tenían razón para saber que estos los estaban cometiendo o estaban a punto de hacerlo y no tomaron las medidas necesarias y razonables para prevenirlos o, de haber sido cometidos, no tomaron las medidas necesarias y razonables para encontrar a las personas responsables⁷⁴. Actualmente en el derecho penal internacional el Estatuto de Roma regula específicamente el tratamiento de las omisiones de los superiores en el artículo 28⁷⁵, donde se recoge la tradicional responsabilidad de los superiores militares y de otros superiores jerárquicos en relación con los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados (incluidos los ataques lanzados contra personas o bienes civiles, o aquéllos de carácter desproporcionado).

Este modelo de imputación ha sido desarrollado por la doctrina internacional y por la jurisprudencia

74 Protocolo Adicional I, art. 86, Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28, Estatuto de la Corte penal para La Antigua Yugoslavia art. 7 (3).

75 Artículo 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores: Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

cia de los tribunales penales internacionales, de tal modo que se han establecido por lo menos tres requisitos para su aplicación: i) la existencia de una relación de superior-subordinado; ii) la omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir los actos criminales de sus subordinados o para castigarlos por sus acciones; y, iii) que el superior supiera o haya podido saber que el acto criminal estaba a punto de cometerse o ya se había cometido (requisito de *mens rea*).

Vale la pena aclarar que estos requisitos no corresponden a la configuración de un tipo penal *per se*. Son solamente los lineamientos mediante los cuales los fiscales y los jueces imputan responsabilidades a los superiores sobre los tipos penales cometidos por sus subordinados. Por un lado, estaría la prueba sobre la imputación de la responsabilidad del superior y, por otro lado, la prueba sobre la ocurrencia de los delitos cometidos por el subordinado. En este orden de ideas por un mismo delito pueden resultar varios responsables: cada uno resultaría imputado por diferentes modelos de imputación. El superior, por la responsabilidad derivada de su omisión sobre el control efectivo de su subordinado⁷⁶ y el subordinado, por las formas clásicas de imputación con base en su responsabilidad material sobre la comisión del hecho delictivo. Es la omisión, no la acción, la que da lugar a la responsabilidad del superior⁷⁷.

76 La prueba del control efectivo es explicada por el Tribunal de apelación en el caso Tadic en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. En esta ocasión el Tribunal *ad hoc* utiliza la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso de Nicaragua para establecer la responsabilidad de Estados Unidos sobre los crímenes cometidos por el grupo paramilitar de los *contras*. El Tribunal en Tadic establece que según esta jurisprudencia la prueba del control efectivo es la única prueba que se puede utilizar en temas de responsabilidad de un Estado sobre los delitos cometidos por personas o grupos de personas incluso cuando estos no sean agentes oficiales del Estado en juicio. Aunque en el caso de Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia está imputando responsabilidades colectivas a Estados, no responsabilidades individuales, en el caso de Tadic, el Tribunal *ad hoc* utiliza esta misma prueba para probar responsabilidades individuales.

77 Ver: Meloni, Chantal. (Julio de 2007). *Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?* En *Journal of International Criminal Justice*.

Elementos probatorios

i) La existencia de una relación de superior-subordinado

Este requisito se refiere a la posibilidad de probar el control efectivo del superior sobre el subordinado que cometió el crimen. Se debe probar que existe la posibilidad real de ejercer el suficiente control sobre el subordinado, de manera tal que el superior haya podido prevenir la comisión del crimen, o en caso tal que el control ejercido por el superior no sea de prevención, sino de castigo, que este haya podido castigar a los culpables de haberlo querido incluso cuando se prueba que este no sabía de la comisión del crimen.

ii) Que el superior supiera o haya podido saber que el acto criminal estaba a punto de cometerse o ya se había cometido (requisito de mens rea).

Este requisito se relaciona con la prueba de la culpabilidad del superior y tiene que ver con probar que el superior debió conocer que el crimen se iba a cometer o que se cometió, en cuyo caso podía tener información que indicara que el crimen se podía cometer o que ya se había cometido. Al respecto, algunos doctrinantes opinan que este requisito permite alegar la ignorancia con respecto a que el subordinado cometería o había cometido un crimen, como forma de exculpar al superior si se demuestra que este ha cumplido adecuadamente sus deberes de supervisión⁷⁸. En este punto, este modelo de imputación se diferenciaría de una figura como la posición de garante, pues en esta la responsabilidad del garante parece ser más una responsabilidad objetiva que otra cosa, mientras que si se asume la figura de responsabilidad del superior, este se puede exculpar probando que ha cumplido adecuadamente con los deberes de supervisión, la

78 Ambos. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility... Op Cit.

sola prueba de la ocurrencia del crimen en un territorio bajo su mando o de tropas bajo su mando no bastaría para imputarle responsabilidad.

iii) La omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir los actos criminales de sus subordinados o para castigarlos por sus acciones.

Como se acaba de mencionar, el requisito mínimo de prueba para que se configure la responsabilidad del superior es que el implicado tenga control efectivo sobre la conducta del subordinado. La imputación del superior por su omisión recae sobre su autoridad y control efectivos, que le permiten justificar su posible intervención.

En términos probatorios demostrar la autoridad y control efectivo del superior sobre sus subordinados es muy controversial. Por ejemplo, no es claro si lo que se necesita es un control directo sobre los subordinados o si el control puede estar mediado por otros superiores, que a su vez son subordinados de otro superior. En todo caso, para probar el control efectivo no basta con demostrar la ayuda en la obtención de uniformes y armas, sino que además se debe probar un mínimo control sobre las órdenes y operaciones de los supuestos subordinados⁷⁹.

iv) Discusiones sobre la prueba de la relación causal

Un punto más valdría la pena recalcar sobre la exigencia probatoria. Ninguna normatividad internacional es clara sobre si la omisión culpable del superior debió haber causado directamente los actos del subordinado o si la misma omisión ha debido siquiera contribuir significativamente en el resultado criminal para que el superior pueda ser imputable. Este requisito significaría que los fiscales estarían en la necesidad de demostrar que sin la falla del superior no se habría cometido el cri-

79 Ver: Caso Tadic del Tribunal Criminal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia. Fallo del 15 de julio de 1999.

men. Esto sería muy difícil de probar, debido a la fungibilidad de los funcionarios en los operativos en una organización criminal de gran escala. Si el superior en particular enjuiciado hubiera actuado adecuadamente, otro en su misma línea de mando habría permitido el crimen. Por ejemplo, la defensa de Adolf Eichmann en Jerusalén desarrolló este argumento, que resultó persuasivo para muchos y el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido interpretado por algunos como que debe existir una relación causal entre la falla del superior y la comisión del crimen por parte del subordinado⁸⁰.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

1) A diferencia de otras figuras que están encaminadas a probar el acuerdo entre miembros de organizaciones criminales, la responsabilidad del superior está dirigida a probar la simple omisión de un miembro de la organización dentro de una cadena de mando. En este sentido, aunque la exigencia probatoria de la responsabilidad del superior podría ser más fácil e incluso podría servir para imputar más responsabilidades que una figura que requiera la prueba de acuerdos, en términos representacionales el acuerdo probaría la acción e intención directa de los superiores en la comisión de los crímenes, mientras que la sola omisión no. En concordancia con estas particularidades de sus requisitos probatorios, en la medida en que la imputabilidad en la responsabilidad del superior se deriva de la infracción de un deber, se excluye la posibilidad de la autoría mediata. El que infringe un deber es autor inmediato por su propia omisión.

2) Mientras que la figura de la responsabilidad del superior requiere por su misma definición la

80 Olásolo, Héctor y Pérez Cepeda, Ana. (2004). The notion of control of the crime and its application by the ICTY in the Stakic case. *International Criminal Law Review*. 4: 475-526.

prueba de una relación de subordinación, una figura como la de participación en una empresa criminal conjunta supondría que los miembros de ésta se encuentren relacionados horizontalmente, es decir que todos compartan mando y poder. A diferencia de figuras como la participación en una empresa criminal conjunta, la doctrina de la responsabilidad del superior es muy sensible a las diferencias de poder, y, en consecuencia, adscribe responsabilidades individuales sobre la base de la asimetría de las relaciones de poder dentro de un aparato jerárquico. Esta característica la vuelve muy útil para adscribir responsabilidades a los mandos medios o altos en casos de graves violaciones cometidas por miembros rasos de estructuras altamente jerarquizadas.

3) Aunque esta figura corresponde al modelo de imputación utilizado para establecer la responsabilidad penal de estructuras jerárquicas y militares con base en el ejemplo de las fuerzas militares estatales, donde las funciones y deberes de todos los miembros de la organización son claros y expresos, también es aplicable a organizaciones al margen de la ley, ya sean grupos guerrilleros o paramilitares, que mantengan una estructura de mando clara.

4) Esta figura puede resultar útil en aquellos casos en los cuales los subordinados de una estructura jerárquica cometieron crímenes que no respondían a directrices generales y expresas de la organización –por lo cual una fórmula como la de la autoría mediata puede resultar inadecuada–, pero que fueron toleradas por sus comandantes. En este sentido, la fórmula podría ser particularmente útil, por ejemplo, en los casos de violencia sexual que no fueron ordenados por las cúpulas de las organizaciones, pero en los que sí hubo omisiones para evitar su ocurrencia.

5) Frente a los crímenes cometidos por las fuerzas militares estatales, este sería el modelo preciso para dar cuenta de las relaciones de mando en una organización altamente jerarquizada. Sin embargo, en la medida en que esta organización jerárquica comete crímenes en connivencia con

las fuerzas paramilitares a veces en red, a veces simplemente haciéndose la de la vista gorda, no siempre la responsabilidad del superior podrá dar cuenta de los crímenes cometidos. Con respecto a los crímenes cometidos por organizaciones como las FARC y las AUC, se podría pensar que la responsabilidad del superior sería útil, dependiendo del momento en el que se quieran caracterizar los crímenes cometidos por estos grupos, que no siempre han estado organizados de la misma manera. En principio, las FARC han actuado como una organización jerárquica la mayor parte del tiempo. Sin embargo, en las ocasiones en que el poder no ha sido claramente centralizado en el Secretariado, su funcionamiento se ha parecido más a las organizaciones en red. Por su parte, las AUC al parecer han sido grupos que han actuado menos centralizados y más en clave de red, por lo que una figura como la responsabilidad del superior sería menos representativa para dar cuenta de los crímenes cometidos por estas.

Limitaciones de la fórmula

- 1) La responsabilidad del superior, a diferencia de figuras como la empresa criminal conjunta, no serviría como modelo para imputar responsabilidades de acusados que actuaron en red y que tienen el mismo poder dentro de la organización criminal. La figura de la responsabilidad del superior requiere por su misma definición la prueba de una relación de subordinación.
- 2) La prueba de culpabilidad en la responsabilidad del superior se predica sobre la omisión, que después es extendida a los crímenes cometidos por sus subordinados. En esta medida parecería que los superiores sólo tendrían culpa, mas no dolo, sobre los crímenes cometidos por sus subordinados. En este sentido para que la imputación terminara en una sentencia de responsabilidad se necesitaría que la exigencia subjetiva del tipo penal (delito cometido por el subordinado) pudiera ser culposa. De lo contrario, la

conducta del superior no cumpliría con uno de los requisitos de la imputación: la culpabilidad.

- 3) Según autores como Kai Ambos, en un modelo como la responsabilidad del superior no existen niveles de imputabilidad, es decir que frente al examen sobre la participación del superior en el crimen cometido por sus subordinados el juez no debe preguntarse por el nivel de su participación para declararlo imputable. Respondería únicamente el que se le puede probar la omisión proveniente de la negligencia o imprudencia. No se podría imputar a varios superiores en diferentes grados de omisión.
- 4) Aunque el Estatuto de Roma ha positivizado la responsabilidad del superior, en jurisprudencia de tribunales penales internacionales se ha definido la imputabilidad del superior de manera muy amplia. Por ejemplo, en el caso de Naser Oric en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, se argumentó que el superior debía responder por los actos de sus subordinados ya fuera por una orden directa de este, por formas de participación o por omisiones. Esto se justificó con la idea de que el superior debe tener una responsabilidad clara para asegurar que sus subordinados no infrinjan normas del Derecho de los Derechos Humanos, ni del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, esto en términos estrictos iría en contravía con el principio de legalidad puesto que de la interpretación del artículo 28 del Estatuto de Roma no se desata lógicamente esta interpretación.
- 5) En la medida en que la pregunta por la prueba del control efectivo del superior sobre sus subordinados que cometieron crímenes debe ser respondida afirmativa o negativamente, sin matices, la consagración normativa de un modelo de imputación como este debe resolver el siguiente dilema: si se establecen parámetros muy difíciles para probar el control efectivo, entonces muchos contribuidores importantes de crímenes serían declarados inocentes, mientras que si se establecen parámetros muy fáciles para probar el control efectivo de los superiores sobre sus subordinados, se condenarían muchos

que en la práctica no tuvieron suficiente contribución en los crímenes.

Aplicabilidad en Colombia

El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico no está contemplado expresamente en la legislación penal colombiana, por lo cual su aplicabilidad está sujeta a su eventual inclusión bajo otras modalidades de imputación que sí cuentan con reconocimiento expreso. En tanto uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad del superior es la existencia de una omisión, es necesario entonces hacer referencia a la regulación de la omisión como fuente de responsabilidad penal.

Para que la omisión de una acción sea penalmente relevante en Colombia es necesario, en primer lugar, que el sujeto activo se encuentre en condición de poder realizar la acción y, en segundo lugar, que dicha acción sea esperada, en el sentido que el sujeto activo tenga la obligación jurídica de llevarla a cabo. En derecho penal se pueden distinguir dos tipos de omisiones penalmente relevantes: la propia y la impropia. En la primera, se castiga la simple infracción del deber de actuar, de manera similar a como los delitos de mera actividad castigan la realización de una determinada acción. En estos casos, la norma penal se refiere expresamente a la omisión de la acción esperada y al resultado prohibido. Es el caso en la legislación colombiana de delitos como la inasistencia alimentaria y la omisión de denuncia.

Por su parte, la omisión impropia, también conocida como comisión por omisión, se caracteriza por dos elementos: a) que exista una relación causal en el sentido que la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado prohibido y, b) que el sujeto de la omisión tuviera el deber de evitar el resultado, pues se encontraba en posición de garante del bien jurídico protegido.

La Corte Constitucional, al referirse al caso de la responsabilidad de los militares que en el caso de

la masacre de Mapiripán no realizaron las acciones correspondientes para proteger a la población de la incursión paramilitar, pudiendo y debiendo hacerlo, se refirió a una de las modalidades de la posición de garante que en realidad coincide con los elementos de la responsabilidad del superior. Según la Corte, la fuerza pública tiene una posición de garante que se deriva de los deberes constitucionales y legales de proteger a la población, pero además de esto la posición de garante se puede configurar porque la fuerza pública está en condiciones de crear riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo, la tenencia de objetos peligrosos como las armas ubica a los militares en una posición de garante frente al riesgo que implica esta tenencia. Pero la Corte va más allá de este típico caso al indicar que tratándose de la fuerza pública los riesgos no solo surgen por la tenencia de objetos peligrosos, sino también “de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación”⁸¹.

Según la Corte,

en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales⁸².

De conformidad con este deber,

Si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, **por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional**⁸³.

81 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

82 Ibid.

83 Ibid.

Esta modalidad de la posición de garante planteada por la Corte daría entonces paso a la aplicabilidad de la doctrina de la responsabilidad del superior para el caso de la fuerza pública. Sin embargo, además de esta mención en la sentencia de la Corte, la fórmula de la responsabilidad del superior no ha tenido acogida en la jurisprudencia penal, ni tampoco en la de justicia y paz.

Así, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá legalizó los cargos contra el comandante del Frente “William Rivas” de las AUC, bajo la figura de la responsabilidad del superior, pero tanto la Fiscalía como el Ministerio Público y el representante de las víctimas impugnaron esta fórmula de imputación y sus argumentos fueron acogidos por la Corte Suprema, que en su lugar utilizó la figura de la autoría mediata, a través de aparatos de poder. El Tribunal había indicado que en ese caso se reunían los presupuestos establecidos en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra en relación con la responsabilidad del superior, pues dicho comandante tenía la condición de superior militar y ejercía un mando sobre el Frente William Rivas, por lo cual le cabía responsabilidad penal por los crímenes cometidos por los patrulleros bajo su control. Tanto el Ministerio Público como el representante de las víctimas consideraron que el uso de esta fórmula vulneraba el principio de legalidad, por cuanto se fundamentaba en normas y jurisprudencia internacional que no tenían asidero en la legislación penal nacional. A esto la Fiscalía añadió que la figura era inadecuada, ya que los crímenes cometidos por los patrulleros estaban enmarcados en las directrices generales de la organización, siendo entonces más apropiada para representar el fenómeno la fórmula de la autoría mediata. La Corte Suprema coincidió en este último punto al indicar que las acciones de los patrulleros “se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia”, por lo cual la situación encuadraba en la modalidad de la autoría mediata por aparatos de poder⁸⁴.

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia Rad. 38250 Justicia y Paz, septiembre 27 de 2012, Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

Asimismo, en el marco de Justicia y Paz se acudió a la figura de la autoría mediata para imputar responsabilidad al comandante de un Frente de las AUC por un crimen de violencia sexual cometido por un patrullero. En esa oportunidad, el Tribunal atribuyó responsabilidad a dicho comandante porque “no ejerció los controles debidos frente a sus subalternos para evitar este tipo de comportamientos”⁸⁵. En un caso como este parecen cumplirse los requisitos de imputación de la responsabilidad del superior, pues existía una relación de subordinación en la cual el superior omitió adoptar las medidas para evitar la ocurrencia de un hecho. En este sentido, el que se haya optado por la figura de la autoría mediata, confirma la ausencia de recepción en nuestro medio de la doctrina de la responsabilidad del superior.

2.6. Conspiración (Conspiracy)⁸⁶

Definición

Desde sus orígenes el delito de conspiración ha sido muy ambiguo. Esta figura se ha debatido entre un tipo penal *per se* y un modelo de imputación que sirva para probar la responsabilidad de todos los miembros de un plan común sobre los delitos que se cometieron a causa del mismo. Mientras en los sistemas jurídicos anglosajones de *common law*, que fue donde nació esta figura, se ha mantenido la conspiración como un tipo penal a tal punto que han querido positivizar el delito para evitar que este pueda ser manipulado políticamente, cuando

85 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Edgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres, 7 de diciembre de 2011, párr. 647.

86 Toda la información de este aparte fue tomada de: Case Western Reserve University School of Law International war crimes research lab. Memorandum for the Office of the prosecutor of the international criminal Tribunal for Rwanda Issue: joint criminal enterprise - what is the Degree of participation required for Conviction? An exhaustive memo of the Jurisprudence on joint criminal enterprise. Prepared by Christopher j. Knezevic. Spring 2004

esta figura fue importada a la justicia en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg por la fiscalía se utilizó como un modelo de imputación, más que como un tipo penal.

La doctrina anglosajona actual sobre conspiración la define como un tipo penal en el que la conducta punitiva consiste en el acuerdo entre dos o más personas para cometer un acto o una serie de actos en contra del derecho⁸⁷. Por un lado, en los Estados donde no se ha positivizado este delito y todavía se desarrolla la conspiración con base en el *common law*, ésta es definida como la combinación entre dos o más personas creada con el propósito de hacer un acto en contra del derecho o un acto legal por medios ilegales. Por su parte, en los Estados que han optado por positivizar la figura la definición es seguida por un lenguaje en el que no es claro si el acuerdo debe ser sobre actividades criminales únicamente. Por ejemplo, en el título 18, capítulo 9 del Código de Estados Unidos, se establecen tres tipos penales de conspiración: conspiración para cometer una ofensa o defalcación a los Estados Unidos⁸⁸; conspiración para obstruir o dañar a un

87 La diferencia fundamental con el concierto para delinquir que estudiaremos más adelante es que en el caso de la *conspiracy* los actos contra el derecho que fueron objeto de acuerdo criminal están claramente determinados, mientras que en el concierto para delinquir, más allá del acuerdo mismo, los otros actos contra el derecho pueden permanecer indeterminados. Asimismo, en la medida en que la prueba del acuerdo conspirativo es más difícil, pues exige establecer con certeza qué actos concretos fueron acordados por los presuntos delincuentes, en este caso, a diferencia del concierto para delinquir, es mucho menos importante que los actos se hayan llevado efectivamente a cabo. De hecho, en el caso de la *conspiracy* anglosajona desarrollada en torno a la doctrina Rico, alguien que haya participado inicialmente del acuerdo pero que luego se haya arrepentido y no tomó medidas para poner fin a la conspiración (o tomó medidas insuficientes) sigue siendo culpable, a pesar de su arrepentimiento. Véase: Katyal, Neal Kumar. (Apr. 2003). Conspiracy Theory. En *The Yale Law Journal*, Vol. 112, No. 6, p. 1309 y ss.

88 “Section 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States: If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor”.

oficial público⁸⁹; solicitud para cometer un crimen de violencia⁹⁰. En la mayoría de los estatutos que penalizan la conspiración se opta por castigar el acuerdo sobre un crimen, no solamente sobre una conducta en contra del derecho.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la fiscalía en los juicios de Núremberg, en especial los miembros de la delegación de Estados Unidos, propusieron que dentro de los crímenes que se podían castigar se incluyera la figura de la “conspiracy” del derecho anglosajón. A pesar de esto, en la carta de Londres no quedó la “conspiracy” como un delito independiente. En ese estatuto solo se positivizaron tres crímenes: la guerra de agresión, los crímenes

89 “Section 372. Conspiracy to impede or injure officer: If two or more persons in any State, Territory, Possession, or District conspire to prevent, by force, intimidation, or threat, any person from accepting or holding any office, trust, or place of confidence under the United States, or from discharging any duties thereof, or to induce by like means any officer of the United States to leave the place, where his duties as an officer are required to be performed, or to injure him in his person or property on account of his lawful discharge of the duties of his office, or while engaged in the lawful discharge thereof, or to injure his property so as to molest, interrupt, hinder, or impede him in the discharge of his official duties, each of such persons shall be fined under this title or imprisoned not more than six years, or both”.

90 “Section 373. Solicitation to commit a crime of violence: (a) Whoever, with intent that another person engage in conduct constituting a felony that has as an element the use, attempted use, or threatened use of physical force against property or against the person of another in violation of the laws of the United States, and under circumstances strongly corroborative of that intent, solicits, commands, induces, or otherwise endeavors to persuade such other person to engage in such conduct, shall be imprisoned not more than one-half the maximum term of imprisonment or (notwithstanding section 3571) fined not more than one-half of the maximum fine prescribed for the punishment of the crime solicited, or both; or if the crime solicited is punishable by life imprisonment or death, shall be imprisoned for not more than twenty years. (b) It is an affirmative defense to a prosecution under this section that, under circumstances manifesting a voluntary and complete renunciation of his criminal intent, the defendant prevented the commission of the crime solicited. A renunciation is not “voluntary and complete” if it is motivated in whole or in part by a decision to postpone the commission of the crime until another time or to substitute another victim or another but similar objective. If the defendant raises the affirmative defense at trial, the defendant has the burden of proving the defense by a preponderance of the evidence. (c) It is not a defense to a prosecution under this section that the person solicited could not be convicted of the crime because he lacked the state of mind required for its commission, because he was incompetent or irresponsible, or because he is immune from prosecution or is not subject to prosecution”.

de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Fue en la redacción de los primeros que pareció incluirse la conspiración, puesto que disponía que “la planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas; y la participación en un plan común o conspiración para cualquiera de los actos mencionados” serían castigados. Esta positivización relativa del delito de conspiración pretendía enfatizar que los mayores comandantes nazis eran personalmente responsables por los crímenes cometidos desde su planeación y preparación.

En el transcurso de los juicios de Núremberg, aunque la fiscalía, en especial la delegación de Estados Unidos, pretendió probar la existencia de una conspiración nazi desde 1920 para que se responsabilizara a los implicados en los crímenes cometidos desde esa época, los jueces terminaron persuadiéndose por la idea de que sólo existió una conspiración nazi desde 1937, en específico en la Conferencia de Hossbach del 5 de noviembre de ese año, donde se acordó la invasión a Polonia. Además, los jueces determinaron que dicha conspiración sólo existió respecto de los crímenes de guerra de agresión, es decir, de las invasiones a otros países, lo que limitó en gran medida la intención de los juristas de Estados Unidos de probar una gran conspiración desde tiempo antes de la guerra.

En relación con la utilización de la figura de “conspiracy” en Núremberg, algunos historiadores afirman que se torturó la historia cuando la fiscalía, para poder retrotraer la “conspiración para la guerra de agresión” hasta los días inaugurales de la dictadura nazi, no sólo se apeló a visiones “conspirativas” –vg. intencionalistas, por oposición a las llamadas teorías funcionalistas- del Holocausto, sino además, y por sobre todo, debió presentarse a los judíos alemanes como la “vanguardia” de una resistencia anticipada al proyecto nazi de conquistar Europa y que por ello mismo debían ser aniquilados preventivamente. Esto no solo distorsionaba la realidad, en la medida en que era contrario a la evidencia palmaria de que la resistencia de los judíos había sido muy poca, sino que resultaba a todas luces in-

congruente con el hecho que la “solución final” sólo se puso en marcha durante la guerra.

Laurence Douglas recuerda además cómo los jueces torturaron la historia con su decisión final de no condenar sino los crímenes contra los judíos perpetrados a partir de 1939, de manera que dejaron de lado todo lo sucedido hasta esa fecha, con miras a evitar que el sacrificio del principio de soberanía interna en un contexto de no-guerra diera lugar a que se recordara la situación de opresión en que vivía la población negra en los Estados Unidos⁹¹.

Elementos probatorios

En la medida en que esta figura ha sido utilizada como tipo penal en las jurisdicciones de derecho anglosajón, los elementos probatorios se enumerarán de acuerdo con las categorías utilizadas en estos contextos.

i) Elementos objetivos del tipo penal

Los elementos objetivos del tipo penal requieren que la prueba más importante en la figura de la conspiración sea el acuerdo. Entre los jueces de ordenamientos jurídicos anglosajones existe una preferencia generalizada que para probar el acuerdo no sea necesaria la firma de papeles que contengan las condiciones del mismo, ni que exista prueba de una conversación expresa sobre él. En este sentido, el acuerdo puede ser explícito o implícito. Sin embargo, los jueces han dicho que se necesita más que el sólo conocimiento sobre la existencia del acuerdo para que se configure el delito. Es imprescindible que se pueda probar la voluntad del sindicado en hacer parte del acuerdo.

⁹¹ Orozco, Iván. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad de los Andes, p. 70 y ss.

ii) Elementos subjetivos del tipo penal

Los elementos subjetivos del tipo penal, es decir la prueba sobre la culpabilidad, también son muy importantes y van de la mano con la prueba del acuerdo. Con respecto a ésta lo que se debe probar es que los acusados tenían la intención de conseguir los fines del acuerdo. En este sentido se le da prevalencia a la intención de los autores de conseguir los fines y no a la mera intención de acordar cualquier acto. Es importante resaltar que la prueba de la culpabilidad no tiene que corresponder al momento exacto de la creación del acuerdo, sino que puede ser posterior en el tiempo. Un conspirador puede haber acordado hacer parte en un ilícito incluso cuando el acuerdo ya había sido realizado.

Utilidad de la fórmula en la representación judicial de atrocidades masivas

- 1) Podría pensarse que la prueba de un mismo acuerdo sirve para probar la comisión de varias conspiraciones sobre cada uno de los delitos cometidos. Sin embargo, las cortes han optado por decidir que existe un solo acuerdo y que en virtud del mismo se puede cometer más de un delito o que pueden cometerse más delitos en la ejecución del delito acordado, como consecuencia de las circunstancias.
- 2) Aunque la figura de la conspiración es muy parecida a la de la empresa criminal conjunta, puesto que ambas requieren de un acuerdo para cometer delitos, ya sea este explícito o implícito, el acto del acuerdo constituye la esencia de una figura como la conspiración, mientras que el acuerdo es la forma como la empresa criminal conjunta sustenta la imputabilidad de los crímenes cometidos en cumplimiento del plan común.
- 3) Probar la membrecía de ciertos actores en la conspiración da pistas sobre la complicidad de éstos en los crímenes cometidos por los otros conspiradores. Una de las preguntas relevantes

sobre el delito de “conspiracy” en el derecho anglosajón ha sido precisamente alrededor de este tema: ¿Pueden los conspiradores ser responsables penalmente por los delitos cometidos por otros conspiradores cuando hacen parte del plan común? Las cortes federales han estado a favor de una u otra posición. Sin embargo, parecería que se inclinan más por pensar que efectivamente la prueba de la conspiración es por lo menos una prueba de complicidad para descifrar las responsabilidades en la comisión de los delitos que se realizan en virtud del plan común o que son consecuencia del cumplimiento de éste.

- 4) Esta figura pensada como el tipo penal establecido en el sistema jurídico anglosajón podría ser imputada a cualquier actor del conflicto armado, ya sea anti o pro sistémico, dependiendo de la conspiración que se penalice⁹².

Limitaciones de la fórmula

- 1) La prueba del acuerdo en la conspiración es muy complicada puesto que la naturaleza de este delito es la clandestinidad. Con esto en mente, las cortes han resuelto que las inferencias derivadas de la conducta de los conspiradores son suficientes para imputar la responsabilidad. Esto hace muy difícil separar el delito de conspiración de los cometidos en consonancia con la conspiración.
- 2) La legitimidad de este tipo penal ha sido cuestionada constantemente. Sin embargo, esta puede justificarse tanto en la prevención de la preparación de actividades ilícitas, como en la noción de que los crímenes cometidos por más de una persona son moralmente más reprochables y pueden generar más daño.

⁹² Sobre los actores anti y pro sistémicos ver: Múnera Ruiz, Leopoldo. (Noviembre-Diciembre de 2006). Procesos de actores armados ilegales y pro-sistémicos (Los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia). *Pensamiento Jurídico* No. 17. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 65-102.

Aplicabilidad en Colombia⁹³

La conspiración en Colombia está tipificada como delito político. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación que se le dio a esta figura en los juicios de Núremberg como modelo de imputación, sería posible compararla con una figura como el concierto para delinquir. Al igual que la “conspiracy” propuesta por la fiscalía en Núremberg, parecería que el concierto para delinquir en Colombia se utiliza como una figura que da cabida a imputar responsabilidades de otros delitos cometidos en desarrollo del conflicto armado. No obstante, es claro que a diferencia del desarrollo jurisprudencial de la “conspiracy”, donde la prueba del acuerdo es una prueba clara y contundente frente a la prueba de los delitos derivados del acuerdo, demostrar el concierto para delinquir es una prueba muy débil frente a la discusión probatoria sobre la responsabilidad en los delitos subyacentes.

En Colombia está tipificado el delito de conspiración para delitos políticos en el artículo 471 del Código Penal: “Conspiración. Artículo 471. Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a dos (2) años”.

Como en la rebelión y la sedición, el sujeto activo de la conducta es *plurisubjetivo de convergencia*. Todos serán coautores de ésta conducta punible, que no admite la autoría individual, directa o inmediata. Se aplica el *principio de imputación recíproca*, el cual trae como consecuencia que todo lo que haga uno de los coautores es imputable a todos los demás, pues se trata de un plan común. Aunque sea uno el que elabore los planos, otro el plan de ingreso a una instalación oficial, otro el que obtenga las horas de recorrido de los vigilantes, por ejemplo, todos responden por la totalidad. Significa lo anterior que en este delito también hay una organización del grupo, aún incipiente.

⁹³ Información tomada de: Castro, Sandra Jeannette. (2003). Delitos contra el régimen constitucional y legal. En *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado.

Los elementos de este tipo penal son: (1) Que un grupo plural de personas se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición. (2) Que la conducta punible recaiga sobre el Estado como institución política o sobre los ciudadanos como actores políticos. (3) Que el delincuente actúe por móviles de interés común, altruistas y progresistas.

Aunque esta figura en el derecho penal colombiano está pensada como tipo penal exclusivamente, en la medida que corresponde a la penalización del acuerdo sobre dos crímenes específicos (sedición y rebelión) serviría como modelo de imputación para establecer las responsabilidades individuales en esos delitos. Con respecto a la guerra colombiana, esta figura serviría para representarse la guerra de las guerrillas en sus inicios. En efecto, la conspiración del Código Penal Colombiano corresponde a un tipo de guerra. La iniciada por miembros de grupos anti sistémicos que se unieron por móviles de interés común en contra del régimen establecido. No serviría para representarse las organizaciones paramilitares, que pretendían mantener el *statu quo*. Tampoco serviría para representarse la estructura de los grupos guerrilleros en la nueva guerra donde hay demasiados combatientes y la prueba de un acuerdo es difícil de construir. Esta es entonces una figura concreta que corresponde a la descripción de momentos históricos particulares, por lo que no sería fácil que viajara en el tiempo para representarse nuevos contextos de guerra.

2.7. Modelo de imputación propuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Descripción

En 2002 entró en vigor el primer estatuto internacional sobre derecho penal. Después de arduas dis-

cusiones y negociaciones entre representantes de países y ordenamientos jurídicos diversos, se llegó a la positivización de normas generales y especiales sobre derecho penal para juzgar a individuos. Se instituyó así una Corte Penal Internacional (CPI), que está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y que tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Según sus defensores, el Estatuto de Roma (ER) fue un gran logro para la aplicación efectiva del derecho penal internacional, en la medida en que cristalizó todos los esfuerzos que se han hecho en los pasados 50 años en relación con el derecho penal internacional y al mismo tiempo al separarse en algunos desarrollos de las cortes penales internacionales *ad hoc* superó los problemas de estas justicias y estableció nuevos retos para el derecho⁹⁴.

No obstante, el proceso histórico para crear una Corte Penal Internacional surge después de la Primera Guerra Mundial. Doctrinantes internacionales como Antonio Cassese establecen cuatro períodos en este proceso histórico que terminó en la expedición del Estatuto de Roma. El primer período lo sitúa entre 1919 y 1945 como unos primeros intentos que muy rápidamente fueron abortados. El segundo período lo establece entre 1945 y 1946, específicamente alrededor de los juicios de Núremberg y Tokio. El tercer período lo divide en dos, entre 1950-1954 y entre 1990-1994, y reúne los primeros intentos de redacción del estatuto de la Corte Penal Internacional, en especial el trabajo realizado por la Comisión Internacional de Derecho de las Naciones Unidas. El cuarto y último período lo sitúa después de la Guerra Fría y los tribunales criminales internacionales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda entre 1991 y 1998⁹⁵. En este sentido, la creación de la Corte Penal Internacional después de este largo proceso sería para autores como Cassese el logro internacional de superar los

⁹⁴ Cassese, Antonio. From Nuremberg to Rome: International military tribunals to the international criminal court. En Cassese, Antonio (Ed.). (2002). *The Rome Statute of International Criminal Court: Commentary*. Vol. 1 Londres: Oxford University Press, p. 3 y ss.

⁹⁵ Cassese, Antonio. From Nuremberg to Rome... Op Cit

problemas de impunidad de las jurisdicciones nacionales por hacer justicia y al mismo tiempo, en la medida en que muchos estados firmen el acuerdo, superaría los problemas de legitimidad de tribunales *ad hoc*.

Dentro de las normas del Estatuto se dispuso un modelo de imputación de responsabilidad basado en la distinción entre autoría y participación. El artículo 25 3(a) recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito, los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art. 25 utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo” para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al modelo de imputación del Estatuto de Roma⁹⁶.

Aunque todavía no existen decisiones finales en la Corte Penal Internacional, en el 2008 se confirmaron los cargos en el caso Lubanga, decisión que según abogados como Héctor Olásolo representa un avance en el derecho penal internacional frente al tema de autoría y participación. Para este:

⁹⁶ Artículo 25: Responsabilidad penal individual... 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga constituye la primera decisión de carácter sustantivo dictada por la Corte Penal Internacional. Su importancia en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta. Destaca, en particular, la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho en lugar del concepto subjetivo de autor apoyado sobre la doctrina de la empresa criminal conjunta que ha sido adoptado por los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Además, retoma, al menos de una manera implícita, el requisito del control por los grupos armados organizados implicados de una parte del territorio del Estado afectado para que se pueda hablar de conflicto armado en lugar de una situación de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista⁹⁷.

Elementos probatorios

En la medida en que el modelo propuesto por el Estatuto de Roma está basado en la teoría del dominio del hecho, los elementos probatorios de la autoría o participación de un acusado en determinado crimen son de tipo objetivo y subjetivo. Los autores son aquellos que dominan la comisión del delito en cuanto deciden si este será cometido y de qué forma. Para su prueba se combina:

- i) Un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito.
- ii) Un elemento subjetivo, que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias.

Por su parte, los elementos para probar la participación se regulan en los sub-apartados (b) a (d) del

art. 25 (3) del Estatuto de Roma, que recogen las distintas formas que dan lugar a responsabilidad penal.

En primer lugar, el art. 25(3)(b) del Estatuto de Roma prevé que aquel que “ordene, proponga o induzca” la comisión del delito será penalmente responsable siempre y cuando se haya producido la consumación o se haya alcanzado al menos el grado de tentativa. Esto será particularmente relevante en aquellos casos en los que, debido a las pequeñas dimensiones, o al carácter no jerárquico de las organizaciones a través de las que operan ciertos líderes políticos o militares, no se aplicable el concepto de autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder.

En segundo lugar, el art. 25 (3) (c) del Estatuto de Roma prevé que será también penalmente responsable todo individuo que, con el propósito de facilitar la comisión de un delito, “sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”. Su asistencia debe tener un efecto sustancial en la comisión, o tentativa de comisión, del delito o en la consolidación de sus efectos.

Finalmente, el art. 25 (3) (d) del Estatuto de Roma señala que será también penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. A este respecto, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga la fiscalía afirmó expresamente que

El artículo 25 (3) (d) ER recoge una forma residual de participación conforme a la cual, debido a la intención con la que son llevadas a cabo, se criminalizan todas aquellas contribuciones que no pueden ser consideradas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3) (b) o (c) ER.

La contribución de este último partícipe debe ser intencional y voluntaria. Debe ser realizada “con el

propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”. Por lo tanto, el art. 25(3) (d) del Estatuto de Roma, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo.

Utilidad del modelo en la representación judicial de atrocidades masivas

1) El Estatuto de Roma ha dispuesto la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho en lugar del concepto subjetivo de autor apoyado sobre la doctrina de la empresa criminal conjunta. En este sentido, el modelo propuesto por el ER supera los problemas de la empresa criminal conjunta, es más respetuoso del principio de legalidad y además permite imputar las responsabilidades de los “hombres de atrás” de una manera más fácil. Por ejemplo, con respecto al apartado d) del artículo 25 (3) que podría pensarse que fue copiado del Estatuto del Tribunal *ad hoc* de la Antigua Yugoslavia para sustentar el modelo de imputación de la empresa criminal común, Olásolo afirma que en el Estatuto de Roma es solo una forma de participación, nunca de coautoría. En este orden de ideas, el Estatuto de Roma consagra un modelo menos amplio que la empresa criminal común en cuanto a los elementos objetivos que deben probarse para imputar responsabilidad a autores.

2) En la medida en que el Estatuto incluye a los autores directos por control de la acción, a los autores mediatos por control de la voluntad y

a los coautores como codominio funcional del hecho, el modelo propuesto resultaría útil para imputar responsabilidades en organizaciones criminales de toda índole: jerárquicas o en red, estatales o no estatales, a miembros militares o políticos.

Limitaciones de la fórmula

- 1) El Estatuto de Roma solo se puede aplicar en aquellos países que ratificaron el tratado y donde ha entrado en vigencia la Corte Penal Internacional, sobre los crímenes cometidos después de su entrada en rigor. Por esta razón, el modelo debe ser aplicado con mucho cuidado en no violar el principio de legalidad.
- 2) Sin duda el Estatuto de Roma fue diseñado especialmente para imputar responsabilidades a organizaciones criminales. Esto es evidente no solo en el modelo de imputación que propone, sino también en la manera como define los delitos que puede castigar. Todos en principio solo pueden ser cometidos dentro de políticas criminales colectivas. En esa medida, la agencia del individuo podría ser olvidada en el análisis de las providencias judiciales, concentrándose excesivamente en el actuar del grupo. Esto podría ser problemático en términos de prueba de la culpabilidad.

Aplicabilidad en Colombia

Colombia aprobó el Estatuto de Roma mediante la Ley 742 del 2002 y depositó el instrumento de ratificación el 5 de agosto de ese mismo año. En el texto de ratificación el gobierno colombiano presentó la única salvedad que se ha formulado al Estatuto de Roma, según la cual la Corte Penal Internacional no tendría competencia para conocer de crímenes de guerra por un lapso de siete años.

Aún no existe un proyecto de tipificación de los crímenes contemplados por el Estatuto de Roma,

⁹⁷ Olásolo, Héctor. (2008). La influencia de la decisión de la Corte Penal Internacional de confirmación de cargos en el Caso Lubanga en el desarrollo del Derecho Penal Internacional. En *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*. N°. 3, p. 285-321.

no obstante, el actual Código Penal (Ley No. 599 del 2000) contiene disposiciones para sancionar el genocidio, graves violaciones a los derechos humanos como la tortura y la desaparición forzada, así como un capítulo sobre “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

En lo que respecta a los mecanismos de cooperación judicial, el nuevo Código Procesal Penal (Ley 906 del 2004), que entró a regir el 1 de enero del 2005, solo contiene una cláusula general referida a la CPI en la sección correspondiente a mecanismos de cooperación internacional.

Este modelo de imputación, en la medida que se presenta como la integración de las experiencias de los tribunales criminales *ad hoc* y la negociación de representantes de varios países con tradiciones jurídicas distintas, parece ser lo suficientemente completo para representar todos los tipos de organizaciones armadas tanto anti como pro sistémicas o estructuradas jerárquicamente o en red. En este sentido podría ser muy útil para representarse los diferentes momentos del conflicto armado colombiano. Podría entonces funcionar como modelo de imputación para establecer responsabilidades políticas. Sin embargo, habría que ser muy cuidadoso en cuanto a la imputación de responsabilidades penales individuales y el principio de legalidad.



3. TIPOS PENALES: DILEMAS JUDICIALES EN LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

3.

TIPOS PENALES: DILEMAS JUDICIALES EN LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

En este capítulo exploraremos algunos tipos penales relevantes para el juzgamiento de crímenes de sistema. Manteniendo la estructura del capítulo anterior, en los acápite correspondientes a cada uno de los tipos se hará primero una breve descripción de éste, luego se hará una evaluación sobre los elementos probatorios requeridos para su aplicación, después se expondrán las principales ventajas y desventajas de su aplicación frente a las funciones de imputación y de representación de la justicia extraordinaria. En último lugar se hará una reflexión sobre la aplicabilidad de la figura en el caso del conflicto armado colombiano.

3.1. Delitos políticos

La categoría delito político es objeto de críticas muy fuertes en todo régimen soberano, pero es también un recurso jurídico muy importante para acotar y humanizar los conflictos y también para darles vías de solución negociada. El argumento básico en contra de la existencia de la categoría de delito político es que un Estado legítimo y soberano no tiene por qué amparar a quienes se levantan en armas contra él mediante tratos benévolos y privilegiados cuando son derrotados o sometidos. A lo sumo, según este punto de vista, a los responsables de delitos políticos habría que tratarlos con el mismo rasero que se trata a los delincuentes comunes (y entonces la distinción es irrelevante), si no es que los primeros deben ser castigados con mayor dureza que los segundos, porque los delincuentes comunes cometen actos aislados en beneficio propio, mientras los delincuentes políticos atacan contra los fundamentos del orden social (y en ese caso la distinción se mantiene pero con un sentido discriminatorio y no de privilegio). En suma, un Estado soberano que acepta la posibilidad de dar trato pri-

vilegiado a quienes se levantan en armas contra él puede estar induciendo a su propia perdición.

En un contexto como el colombiano, en el que una larga y degradada guerra convive con un proceso incipiente de transición, no es irrelevante la existencia y el mantenimiento de las categorías del delito político en el orden normativo, así se hayan limitado con el tiempo sus efectos en materia procesal. En buena medida, fueron los problemas muy reales y concretos de la consolidación del monopolio de la fuerza en manos del Estado durante el siglo XIX los que sentaron las bases de la tradición colombiana en materia de delito político y aún hoy son problemas asociados a la existencia real del Estado los que se ventilan en la transición y reaniman la discusión sobre la naturaleza y los alcances del delito político. Esto indica que las categorías del delito político tienen un origen más político-pragmático, relacionado con los desafíos que enfrenta el Estado para su consolidación, que uno puramente normativo, más relacionado con la garantía abstracta de los derechos ciudadanos que se desprenden de la doctrina liberal. Esto tiene sentido, pues el reconocimiento que otorgan las categorías del delito político al delincuente como enemigo con móviles que no se agotan en la satisfacción de intereses privados, sino que está dispuesto a matar y a hacerse matar por sus ideales, tiene el propósito básico de facilitar la integración del enemigo al orden sobre la base de pactos o acuerdos que renueven el vínculo social.

La Colombia del siglo XIX enfrentó numerosas guerras civiles que pusieron en grave riesgo su viabilidad como Estado y por eso se introdujeron y arraigaron categorías jurídicas sensibles a las necesidades más urgentes de construcción del Estado, como aquellas del delito político, que permitieron incluir a los antiguos enemigos como nuevos ciudadanos y por esa vía ampliar el monopolio estatal sobre los medios de coerción.

Las categorías asociadas al delito político tienen entonces un enorme potencial para representar los elementos propiamente políticos de la guerra, sentar las bases del reconocimiento mutuo entre enemigos combatientes y acotar la violencia entre enemigos sobre la base del mutuo reconocimiento. Actualmente, a través de varias sentencias de la Corte Constitucional, la categoría de delito político, aunque se mantiene, tiene efectos muy limitados en materia procesal. Paradójicamente, mientras se escribían las sentencias que acotaron los efectos procesales del delito político, el país vivía los momentos de mayor escalamiento de la violencia asociada al conflicto armado interno. Sin embargo, la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como “Marco Jurídico para la Paz”, y la Sentencia C-359 de 2013, que estableció que el

Marco no sustituía ningún pilar fundamental de la Constitución, hacen parte de un nuevo momento en la discusión sobre el delito político, pues al autorizar al Congreso para que diseñe mediante ley estatutaria los criterios de priorización y selección de la investigación penal se abre de nuevo la puerta para que el delito político juegue un rol central en la distinción de fenómenos, el reconocimiento de responsabilidades y el diseño e implementación de soluciones diferenciadas en materia judicial, penal y punitiva de cara a las posibilidades ciertas de alcanzar una paz negociada.

A continuación veremos los dos tipos penales más relevantes en relación con el delito político (rebelión y sedición), para luego hacer unas observaciones adicionales.

3.1.1. Rebelión

Descripción

1837	1873	1890	1936	1980	2000
Art. 232: “Es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la república, que se alzan contra el gobierno constitucional supremo de la nación, negándole la obediencia debida, o procurando sustraerse de ella, o haciéndole la guerra con las armas”.	Art. 22: “Son delitos políticos los que se cometen, sea por los empleados o funcionarios públicos o por los particulares, contra el orden general de la Unión, su seguridad interior o exterior”.	En el Código Penal de 1890, posterior a la Constitución de 1886, el delito de rebelión se consagró en el capítulo III, título I, Libro II, como atentado contra la paz interior, el gobierno existente y la Constitución y formaba parte de los “Delitos contra la Nación”.	Art. 139: “Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al gobierno nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiera a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u	Art. 125. “Los que mediante empleo de las armas pretenden derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de tres a seis años”.	Art.467: “Los que mediante el empleo de las armas pretenden derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<p>El art. 233 recogió la severidad penológica y la heterogeneidad de conductas diciendo que “los autores principales son traidores, serán declarados infames y sufrirán la pena de muerte”.</p>		<p>Estaba caracterizado por el levantamiento en armas para derrocar al Gobierno, para modificar la Constitución por las vías de hecho, o con el fin de confundir en una persona o cuerpo los poderes públicos que deben ser separados, hacer que se ejerzan por personas o corporaciones distintas de las designadas al efecto, impedir por las vías de hecho la reunión del Congreso o de alguna de sus Cámaras o disolverlo después de reunido, o bien para cambiar sustancialmente la organización general del país. Se previeron sanciones especiales para los promotores, encabezadores o dirigentes de la rebelión.</p>	<p>órganos de la soberanía, quedarán sujetos a prisión de 6 meses a 4 años, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y a la multa de 500 a 5000 pesos.</p> <p>Los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o judicial, quedarán sujetos a las dos terceras partes de las sanciones indicadas en el inciso anterior.</p> <p>Los demás individuos comprometidos en la rebelión incurrirán en las mismas sanciones, disminuidas en dos terceras partes”.</p>		
--	--	---	--	--	--

3.1.2. Sedición

Descripción

1890	1936	1980	2000
<p>En el capítulo I se describió la sedición como levantamiento tumultuario de gentes con el objeto, no de sustraerse a la obediencia del Supremo Gobierno del Estado, sino de oponerse, con armas o sin ellas, a la ejecución de alguna ley, acto constitucional, legal o de justicia, servicio legítimo o providencia de las autoridades, o para atacar o resistir violentamente a estas o a sus agentes. El uso de las armas y el carácter de jefe hacían más grave la pena. Es oportuno mencionar que, para la consumación de la rebelión se requería un mínimo de veinte alzados en armas y a la sedición debían concurrir por los menos cuarenta personas.</p>	<p>Artículo 142: “Los que sin pretender el cambio violento del régimen constitucional existente y sin desconocer la autoridad de los poderes del Estado, se alzaren en armas para impedir el cumplimiento de alguna sentencia, ley, decreto o providencia obligatoria, o para deponer a algunos de los funcionarios o empleados públicos, o para arrancarles alguna medida o concesión o, en general, para impedir en cualquier forma el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en arresto de 6 meses a 3 años y en multa de ciento a dos mil pesos si hubieren actuado como cabecillas o dirigentes del movimiento. Los que simplemente tomen parte de él, estarán sujetos a la mitad de las sanciones indicadas”.</p>	<p>Art. 126. “Los que mediante empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en arresto de seis meses a cuatro años”.</p>	<p>Artículo 468. “Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.</p>

Elementos probatorios

La rebelión y la sedición comparten varios elementos probatorios.

i) Que la conducta punible se dirija contra el régimen constitucional o legal vigente.

ii) Que el delincuente actúe por móviles de interés común, altruistas y progresistas. Aunque este elemento no se encuentra incluido expresamente en los tipos penales, la doctrina y jurisprudencia nacional lo han con-

siderado como un factor constitutivo del delito político. Sin embargo, en la práctica judicial en realidad no se ha discurrido sobre la presencia o no de este elemento, sino más bien sobre el carácter contra-sistémico de la organización o de la manifestación violenta.

- iii) Que exista acuerdo común, división del trabajo criminal e importancia del aporte. Lo que exceda el mutuo acuerdo y las consecuencias necesarias que se desprenden del empleo de las armas, descarta la imputación recíproca.

El único que no comparten es el siguiente:

Mientras en la rebelión se requiere que se afecte el régimen constitucional y legal del Estado, los derechos políticos de los ciudadanos, o bien la existencia y seguridad del Estado, en la sedición se necesita que se pretenda impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente.

En el caso de la rebelión, para responsabilizar a una persona por el crimen cometido se requiere que no sea aplicable ninguna causal de justificación, entre las cuales se encuentran: a) defensa colectiva, o público estado de necesidad, cuando la rebelión es dirigida contra regímenes minoritarios o de facto, tiranías, o gobiernos injustos y corruptos, b) coacción ajena, c) miedo insuperable, d) error de tipo y e) error invencible de prohibición.

Argumentos a favor y en contra

- 1) En la medida en que la categoría de delito político requiere caracterizar ideológicamente al acusado y dar cuenta del plan criminal, las pruebas en un proceso sobre este delito pueden dar pistas sobre la naturaleza del gru-

po al cual el individuo juzgado pertenezca, aportando al contexto del conflicto armado.

- 2) Desde un punto de vista estrictamente procesal, en la medida en que actualmente el universalismo abstracto e igualitario de los derechos humanos se opone a las conexidades y a las amnistías para el delito político e inclusive a la distinción misma entre delitos políticos y comunes, las ventajas de consagrar delitos políticos para realizar diálogos hacia la paz parecen ser muy pocas. Por ejemplo, con la expedición de la sentencia C-456 de 1997, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma penal que establecía la conexidad de los delitos producidos en combate con el delito político, se destruyó de un tajo el estrecho nexo que tenían en Colombia el principio de inmunidad de los combatientes, corazón del derecho clásico de los conflictos armados, y el tratamiento privilegiado del delincuente político. Con ello, la figura del combatiente-rebelde, con todas sus inmunidades, desapareció del ámbito jurídico-penal. El delito político quedó reducido en la práctica a la condición de un agravante de la responsabilidad para quienes hubieren perpetrado otros delitos graves y no amnistiables. En otras palabras, en desarrollo de la nueva jurisprudencia humanitaria, el tratamiento privilegiado del delincuente político se trocó en un tratamiento discriminatorio, preferiblemente como terrorista o como criminal de lesa humanidad.
- 3) Sin embargo, en el marco de la autorización contenida en el Acto Legislativo 01 de 2012 al Congreso de la República para diseñar unos criterios de priorización y selección de casos para la investigación penal en contexto de justicia transicional se abren las puertas para que, mediante un uso *ad hoc* por parte del legislador de las figuras del delincuente político que seguramente no implicará su restauración plena en el orden jurídico-procesal ordinario, estas reaparezcan, con efectos penales y puni-

tivos importantes, a pesar de haber sido parcialmente diluidas por la jurisprudencia ya citada. Si, como muestra la experiencia de otros países enfrentados a similares desafíos, el delito político termina siendo central en la definición de los criterios de priorización y selección de casos, es probable que sobre los operadores judiciales recaiga parte de la importante tarea de distinguir al delincuente político del común con el fin no solo de administrar justicia, sino de hacer viable la paz.

Aplicabilidad en Colombia

Tradicionalmente en Colombia se le había otorgado un tratamiento privilegiado al delincuente político, pues se había creído que el altruismo motivacional del grupo que se rebela en torno a una utopía de progreso merecía un tratamiento distinto al de cualquier delincuente común que obra por motivaciones puramente egoístas⁹⁸. Sin embargo, el desprestigio de los distintos grupos contra-estatales en Colombia, unido a la influencia de una nueva conciencia humanitaria global, que defiende el universalismo abstracto e igualitario de los derechos humanos, ha hecho que la distinción misma entre delitos políticos y comunes caiga en desgracia⁹⁹.

A finales de los años noventa el malestar contra las guerrillas en Colombia era tal, que inclusive un economista de prestigio como Mauricio Rubio dedicó largos trabajos empíricos a criticar la tradicional distinción entre el delito político y el delito común, basándose en evidencias estadísticas y testimoniales que demostraban las profundas interdependencias entre los llamados rebeldes y los criminales comunes en Colombia. En palabras de Rubio:

98 Véase al respecto: Orozco, Iván. (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis. En especial los capítulos 5, 6 y 7, p. 99-192.

99 Al respecto se puede consultar: Orozco, Iván. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad de los Andes.

En Colombia, la separación tajante entre rebeldes políticos y delincuentes comunes parece demasiado fuerte, inocua, e irreal. Fuerte porque equivale a suponer que los miembros de los grupos subversivos son seres incorruptibles, que pertenecen a una casta superior a la de los humanos de donde, en el mundo de los no rebeldes, surgen los criminales. Inocua porque en las zonas de influencia de los rebeldes, y al interior de los grupos armados, los límites de la criminalidad los definen las mismas organizaciones, o sus líderes, y es difícil no pensar que esta definición se hace de acuerdo con intereses privados o personales. Irreal porque los vasos comunicantes y de retroalimentación entre unas y otras conductas son para Colombia numerosos y difíciles de ignorar¹⁰⁰.

En la práctica, añade Rubio,

los delincuentes políticos, como el ciudadano del montón, también actúan con el propósito de satisfacer intereses particulares. La realidad colombiana parece además corroborar la impresión de que una vez la subversión, como cualquier otra organización armada, encuentra una buena fuente de ingresos económicos –secuestro, gramaje, impuestos a las petroleras, compra de tierras, venta de protección –tiende a conservarla y a defenderla. Además, trata de adaptar su discurso político para hacer aparecer tal actividad como algo inevitable en su lucha por unos ideales superiores¹⁰¹.

Por supuesto, la doctrina penal mayoritaria no fue ajena al ambiente de rechazo hacia la actividad de unas guerrillas que se consideraban corrompidas por el dinero del narcotráfico y perpetradoras de horribles crímenes, como el secuestro, evidenciando de una u otra manera a través de sus comentarios su cansancio con la prolongada lucha contra-estatal. El rechazo a las guerrillas y el cansancio producido por la guerra se materializó jurídicamente en la expedición de la senten-

100 Ibidem, p. 23.

101 Ibidem, p. 31.

cia C-456 de 1997, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma penal que establecía la conexidad de los delitos producidos en combate –salvo casos excepcionales que implicaran ferocidad y barbarie–, acabando de tal manera con el principio de Derecho Internacional Humanitario de la inmunidad de los combatientes, pues en adelante los actos ligados al combate serían criminalizados de manera independiente. La Corte fundamentó su decisión, que iba mucho más lejos en comparación con las regulaciones vigentes en el derecho de los conflictos armados, en que en la práctica la norma otorgaba “una amnistía general, anticipada e intemporal”, que constituía un “privilegio injustificado en relación con todas las demás personas que respetan la Constitución y la ley y acatan las autoridades legítimas”¹⁰².

Inclusive, algunos doctrinantes, como Francisco José Ferreira, argumentaron que en Colombia no existe un enfrentamiento armado entre cuyos actores se encuentren verdaderos grupos contra-estatales, sino simplemente un enfrentamiento constante entre distintas bandas criminales al margen de la ley, que el derecho debe sancionar a través de figuras como el concierto para delinquir. Es evidente entonces que progresivamente la figura ha entrado en desuso y que allí donde se la usa tiene efectos muy limitados. Por esta vía, el delito político ha quedado reducido en la práctica a la condición de un agravante de la responsabilidad para quienes hubieren perpetrado otros delitos graves y no amnistiables. Con otras palabras, en desarrollo de la nueva jurisprudencia humanitaria, el tratamiento privilegiado del delincuente político se trocó en uno discriminatorio, preferiblemente como terrorista o como criminal de lesa humanidad.

Sin embargo, como afirma Orozco,

contra lo que opinan algunos, el asunto no es deleznable. Quienes abordan el problema

102 Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 1997. Magistrados ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

guiados por un justificado resentimiento contra las guerrillas, por odio ideológico o por la soberbia generosa de un universalismo globalizante e igualitario –y que vuela a una altura tan remota y abstracta como los aviones humanitarios de la OTAN en la guerra de Kosovo– suelen mostrar poca sensibilidad frente al hecho que las guerrillas colombianas, a diferencia de las bandas terroristas europeas que fueron tratadas como tales desde su surgimiento, nacieron y crecieron en el marco de una larga tradición que le ha dado mil veces tratamiento privilegiado al delito político, de manera que su calificación como rebeldes puede constituir un incentivo simbólico importante para negociar la paz y para desmovilizarse. Preocupa, en tal sentido, que pueda hacer carrera la tesis de que un tratamiento jurídico-político diferenciado de guerrillas y paramilitares pueda ser leído como un indicador de que el Estado colombiano quiere, de mala fe, proteger y encubrir un grupo específico frente a las cortes internacionales de justicia. Y lo que es igualmente importante, los procesos de desmovilización y reintegración de combatientes son altamente propensos al fracaso, sobre todo en circunstancias como las colombianas de persistencia de la guerra, del narcotráfico y demás mercados de violencia. La probabilidad de que culminen de forma siquiera parcialmente exitosa resulta mayor si se privilegia su tratamiento grupal sobre su tratamiento individual y con ello, si las medidas pedagógicas y profesionalizantes que los sustentan, se complementan con gabelas políticas¹⁰³.

Aun cuando los efectos procesales del delito político hayan sido ostensiblemente reducidos, hasta el punto que parecen extinguidos o invertidos en clave discriminatoria y ya no de trato privilegiado, no deja de ser importante preservar la categoría. Esto es así pues por lo general una salida

103 Orozco, Iván. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad de los Andes.

negociada a la guerra requiere un lenguaje que dé cabida a los elementos políticos de la confrontación, sobre la base de los cuales se construyen acuerdos y se sientan bases seguras, al menos desde un punto de vista simbólico, para la reintegración de los excombatientes. Si el declive del delito político conduce a la extinción de la categoría, no habrá recursos jurídicos para sostener que lo que ha sucedido en este país es algo distinto de una sumatoria de crímenes cometidos por fuerzas legales e ilegales que deben responder como cualquier delincuente ante la justicia.

Con respecto al tipo penal de sedición, vale la pena resumir lo que ocurrió cuando se adicionó, con la expedición de la Ley 975 de 2005, que en adelante no solo incurrirían en el delito quienes hicieran parte de grupos guerrilleros, sino también quienes conformaran grupos de autodefensas. Recuérdese que a través de la Ley 975 (más conocida como Ley de Justicia y Paz) el gobierno buscaba aprobar el marco legal necesario para la desmovilización de las AUC, uno de los grupos paramilitares con mayor presencia en el territorio nacional. Dentro de las exigencias de dicho grupo se incluía la garantía de poder participar en el futuro en política, para lo cual la salida jurídica más sencilla era enmarcar su actividad como delito político y no como concierto para delinquir. La modificación era de tal trascendencia, que la entonces presidenta de la Cámara de Representantes, Zulema Jattin, afirmó que se trataba del artículo “quizás fundamental” del proyecto de Ley¹⁰⁴, si es que “queremos paz”¹⁰⁵

104 Textualmente la entonces presidenta de la Cámara de representantes Zulema Jattin Corrales dijo: “El artículo 64 que fue aprobado en la Comisión Primera de la Cámara en las Sesiones Conjuntas, es el artículo quizás fundamental del proyecto de ley, es un artículo que esencialmente dice que se considerará sedición a aquellos delitos que sean cometidos por quienes conforman o hagan parte de grupos de autodefensas cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal y dice también que esa pena será similar a aquellos considerados como de rebelión”. Ver: Congreso de la República. Gaceta 575 de 2005.

105 Textualmente el entonces representante a la Cámara Armado Benedetti Villaneda dijo: “(...) tenemos que reconocerle la sedición y la rebelión a cada uno de esos actores dentro de la violencia en Colombia, si queremos paz.” Ver: Congreso de la República. Gaceta 575 de 2005.

agregaría el entonces representante Armando Benedetti¹⁰⁶.

Por supuesto que las voces de rechazo dentro del mismo Congreso de la República –aunque minoritarias– no se hicieron esperar. Tal vez la participación más elocuente fue la del entonces senador Carlos Gaviria Díaz, quien aprovechó la oportunidad para evidenciar las contradicciones en las que estaba incurriendo el Gobierno en ese momento en cabeza del presidente Álvaro Uribe Vélez:

El gobierno insiste en desconocer el conflicto armado al considerar a todos los grupos armados como terroristas desprovistos de objetivos políticos, pero simultáneamente insiste, con propósitos indescifrables, en atribuir a los grupos de autodefensas un delito históricamente político como la sedición. Esta situación se hace aún más incomprensible si se tiene en cuenta que la actividad paramilitar en Colombia no ha surgido con el ánimo de contradicción a las fuerzas del Estado, sino con el interés de complementar su acción¹⁰⁷.

106 Vale la pena comentar que en el momento en que se tramitó la Ley de Justicia y Paz en el Congreso de la República el ambiente de condena hacia la lucha contra-estatal era casi generalizado, mientras era conocido el apoyo de muchos congresistas a la lucha para-estatal (lo cual después se hizo evidente con la investigación de más de 60 de ellos, a quienes hoy se les acusó de tener vínculos con los paramilitares). En todo caso, lo interesante para nuestro propósito es resaltar que el rechazo a las guerrillas era tan arraigado, que el gobierno del presidente Álvaro Uribe iba a aprovechar la oportunidad para presentar un Proyecto de Acto Legislativo que eliminara del todo el delito político en Colombia. Dicha posibilidad fue celebrada, entre otros, por la entonces Representante a la Cámara Gina Parody, quien pronunció las siguientes palabras: “se va a presentar; según tengo entendido y si no lo presentaré, un proyecto de acto legislativo por parte del Gobierno Nacional, que elimina el delito político en Colombia, que señala que en las democracias, no se puede cometer un delito político por personas que están armadas, porque lo que uno realmente entiende como un preso político, es aquella persona que ha sido privada de la libertad, por estar en actividades políticas, no por estar cometiendo homicidios”. Ver: Congreso de la República. Gaceta 571 de 2005.

107 Ver: Congreso de la República. Gaceta 521 de 2005. Gustavo Petro, antiguo militante del desmovilizado grupo guerrillero M-19 y miembro de la Cámara de Representantes en el período durante el cual se tramitó la Ley de Justicia y Paz, también se opuso fuertemente a la adición, alegando que “un paramilitar nunca ha sido, no es, ni será sedicioso, porque un paramilitar ha sido, es y será funcional al poder del establecimiento”. Ver: Congreso de la República. Gaceta 575 de 2005.

Parece que el legislativo de entonces se oponía a tratamientos clementes que posibilitasen llegar a acuerdos negociados con algunas de las partes del conflicto, pero no con otras que no gozaban coyunturalmente de igual desprestigio.

Sin embargo, la rama judicial se declaró en contra de la disposición legislativa. Primero, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006 se pronunció, estableciendo que el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 (ley de Justicia y paz) era inconstitucional por vicios de forma. La Corte concluyó que:

el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello.

Posteriormente, en sentencia del 11 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la inexecutable de la norma, estableciendo razones constitucionales de fondo, incompatibilidades con la teoría del delito y violaciones de los derechos de las víctimas, para decidir que en ningún momento podía la sedición equipararse con el concierto para delinquir y así otorgársele el estatus de delincuente político a un miembro de las autodefensas.

Sin duda, ambas decisiones fueron políticas, pero vale la pena recalcar que hasta el momento la sedición sigue correspondiendo en Colombia al delincuente contra sistémico que combate en un tipo de guerra donde las razones altruistas del fin son reconocidas como la justificación del conflicto armado.

Estas decisiones fueron muy polémicas y el debate en torno a ellas trascendió la escena judicial y tuvo un lugar prominente en la agenda mediática¹⁰⁸. El resultado, sin embargo, que consistió en negar el carácter de delincuente político a los grupos paramilitares y que ayudó a que se acentuaran en el sistema de Justicia y Paz las lógicas de sometimiento a la justicia en detrimento de las lógicas más transaccionales de negociación política, parecía condenar de manera irremediable al delito político a su desaparición.

La aprobación del llamado Marco Jurídico para la Paz en julio de 2012 modifica parcialmente las condiciones de la discusión. Si bien es altamente improbable que las figuras del delito político sean restauradas con la plenitud de sus efectos en el orden normativo interno, pues es claro que el Estado colombiano ha adquirido un nivel importante de consolidación y que por lo tanto el delito político sería usado como recurso *ad hoc* con el fin de superar el conflicto armado y no de crear condiciones para negociar futuras insurrecciones armadas, en cambio sí es razonable que dichas figuras jurídicas sean usadas en el contexto transicional con el fin de priorizar la investigación penal y seleccionar los casos correspondientes. Si de lo que se trata finalmente es de poner en marcha una justicia para la paz, es muy probable que el lenguaje del delito político y sus dilemas ocupen el centro de discusiones que están por venir.

3.2. Concierto para delinquir

Descripción

108 Véase: Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá: Taurus. Especialmente el Capítulo 5.

1837	1873	1890	1936	1980	2000	Modificado por Ley 733 de 2002
Art. 277 “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer, juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.”	En el título tercero de su parte especial, el Código de 1873 consideró todos estos hechos y otros, como la traición a las instituciones, atentatorios de “la paz y el orden interior.” El Código Penal de 1890, que rigió en Colombia hasta el 1º de julio de 1938, acogió la descripción legal y las orientaciones que sobre cuadrilla de malhechores contenía el Código de la Nueva Granada.	Artículo 248: “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de 4 o más personas mancomunadas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.”	Artículo 208: “El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizadas con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de 1 a 3 años, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa. Tal pena se aumentará hasta en una tercera parte para los que actúen como jefes o directores de la asociación.”	Art. 186. “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por este solo hecho, con prisión de tres a seis años. Si actúen en despojado o con armas, la pena será prisión de tres a nueve años. La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.”	Artículo 340. “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.”	Artículo 340. “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.”

Elementos probatorios

- i) La existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados.
- ii) Que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo.
- iii) Que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros ponga en peligro o altere la seguridad pública.

Argumentos a favor y en contra

El concierto para delinquir permite que el Estado intervenga punitivamente en los actos preparatorios de un delito –a pesar de que la doctrina clásica aconseje su impunidad– ante la amenaza del crimen colectivamente organizado. En este sentido ha sido históricamente útil para responsabilizar a individuos pertenecientes a grupos para-estatales y narcotraficantes, especialmente cuando no se puede probar su participación en otros delitos específicos cometidos por la asociación. Sin embargo, en la medida en que el acuerdo requerido es indeterminado, para abordar la responsabilidad en crímenes de sistema como los ocurridos en medio de un conflicto armado brinda poca información sobre el contexto y no permite –como sí lo hace la empresa criminal, por ejemplo– castigar a los partícipes por los delitos específicos cometidos por la asociación que razonablemente se hayan podido prever.

Aplicabilidad en Colombia

El nombre con el cual se ha sancionado la asociación permanente de personas que acuerdan come-



César Pérez. Fotografía: Mauricio Moreno / archivo El Tiempo ©

ter una finalidad indeterminada de delitos con fines de lucro y provecho común ha variado con el paso del tiempo. El Código Penal de 1890 la denominó cuadrilla de malhechores; el de 1936, asociación para delinquir y desde la promulgación del Código de 1980 recibió el nombre de concierto para delinquir. La primera vez el nombre se modificó con el propósito de actualizar la descripción legal acogida en el Código de 1890, que coincidía con la contenida en el Código de la Nueva Granda. La segunda vez se cambió la palabra “asociación” por “concierto”, con el propósito de resolver los problemas interpretativos que surgieron cuando un sector de la comunidad jurídica que se autodenominaba éxegeta adujo que para probar el vínculo permanente y formal propio de la asociación, era necesario exhibir la escritura notarial de la sociedad delictiva¹⁰⁹. El delito de concierto para delinquir se fundamenta en la peligrosidad de las asociaciones que de manera disciplinada acuerdan dedicarse indeterminadamente al crimen. Su actuar se considera tan peligroso, que no es necesario que los integrantes de la asociación inicien la ejecución, ni consumen delito

109 Al respecto, ver: Arenas, Antonio Vicente. (1982), p. 365.

alguno, pues la pena se aplica por el simple hecho de probar el propósito de cometerlos. Se trata de intervenir punitivamente en actos preparatorios de un delito –a pesar de que la doctrina clásica aconseje su impunidad– ante la amenaza del crimen colectivamente organizado en una sociedad pacificada.

Nótese que entre los elementos esenciales del delito se encuentra que sea cometido permanentemente¹¹⁰ y con finalidad indeterminada, de manera que ni siquiera quienes hacen parte del acuerdo criminal “sepan concretamente cuáles y cuántos delitos van a cometer”¹¹¹, pues si un número plural de personas pacta la comisión de uno o varios delitos concretamente señalados, son partícipes y como tales se les aplican las normas propias de la coparticipación de la parte general del código, según el grado que corresponda para cada uno de los delitos individualmente cometidos¹¹².

Tradicionalmente, el concierto para delinquir se ha ejemplificado con desviaciones excepcionales en épocas de normalidad (por ejemplo: mafia siciliana y Al Capone) y no con ejemplos de agrupaciones permanentes que nutren un conflicto en épocas de anormalidad (paramilitarismo contrainsurgente o ejércitos privados de terratenientes narcotraficantes, por ejemplo).

Sin embargo, a finales de la década de los noventa, el legislativo empezó a modificar sucesivamente la norma que incorporaba la figura en el Código Penal, aumentando la pena cuando la asociación se constituyera no solo para cometer actos típicos de momentos de normalidad, sino actos en épocas de anormalidad. En otras palabras, ante la imposibilidad de acudir a la legislación de excepción para adecuar los tipos penales útiles para enfrentar la guerra, el Código Penal

110 En la reforma del Código Penal de 1963 se suprimió la palabra “permanente” del tipo penal, por su dificultad probatoria. Sin embargo, inmediatamente tanto la doctrina como la jurisprudencia insistieron en que la permanencia conformaba parte esencial del delito, así no se nombrara explícitamente en el tipo penal.

111 Arenas, Antonio Vicente. (1982), p. 365.

112 Es particularmente importante que el lector recuerde éstos dos elementos esenciales del delito, cuando se analicen los desarrollos contemporáneos de la figura del concierto para delinquir en la segunda parte del presente escrito.

empezó a sancionar más severamente los grupos de personas que se concertaran para cometer el tipo de conductas que se presentaban con mayor frecuencia en países inmersos en un conflicto armado.

En primer lugar, la Ley 365 de 1997 aumentó la pena del concierto para delinquir, cuando la asociación se constituyera con el propósito de cometer los delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios. Parecía entonces que se quería castigar más severamente las agrupaciones permanentes de narcotraficantes y paramilitares que estaban nutriendo nuestro conflicto armado, pues no es lógico pensar que el Congreso hubiera realizado la modificación para prevenir la eventual presencia en Colombia de una mafia como la de Al Capone. Más adelante, con la promulgación del Código Penal de 2000, se adicionaron a las actividades previamente señaladas los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio y las conductas cometidas por grupos armados al margen de la ley¹¹³.

Con la posterior modificación del Código Penal, a través de la Ley 733 de 2002, se elevó también la sanción de quienes se agruparan para traficar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o quienes incurrieran en enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, de manera que se facilitara la imputación de agrupaciones permanentes de narcotraficantes o ejércitos contra o para estatales, cuya actividad girara en torno al narcotráfico. Finalmente, a través de la Ley 1121 de 2006, se agregaron a las conductas anteriormente descritas el financiamiento del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, lo cual sin duda parecía útil para imputarle responsabilidad a todo tipo de actores del conflicto, especialmente si se tiene en cuenta que –al menos coloquialmente– la gente asociaba a los grupos contra-estatales con las organizaciones terroristas.

113 Al referirse la nueva ley a las conductas realizadas por “grupos al margen de la ley,” se eliminó la referencia que anteriormente se hacía a escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada y bandas de sicarios, por incluirse en la primera categoría.

3.3. Infracciones del Derecho Internacional Humanitario¹¹⁴

Descripción

Las infracciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) hacen parte de los posibles delitos que pueden ser cometidos una vez se ha reconocido la existencia de un conflicto armado. En Colombia, estas infracciones constituyen tipos penales específicos cuya aplicación deriva en la declaración de responsabilidades penales individuales. Para comprender las características de estas infracciones y sus requisitos probatorios es necesario describir el Derecho Internacional Humanitario y sus particulares principios.

El Derecho Internacional Humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario es “restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades”¹¹⁵. Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que “en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados”¹¹⁶, para efectos de lo cual se han adop-

114 Para hacer este aparte se tomó la información de las siguientes fuentes: Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. (2005). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press; Villarraga, Alvaro (Comp.) *Derecho Internacional Humanitario de Colombia. Problemática y aplicación*. Bogotá: Tercer Mundo Editores; CICR, Derecho Humanitario. Recuperado de <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>. Adicionalmente se consultó la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional Colombiana.

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

116 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución

tado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. Como ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el Derecho Internacional Humanitario regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados¹¹⁷. La jurisprudencia internacional – en particular la de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como la de la Corte Internacional de Justicia- ha sido clara al explicar, entre otras, los siguientes postulados básicos sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario: (1) su definición, en particular la de los conflictos armados internos, (2) las condiciones de tipo temporal, geográfico y material

2675 (1970), sobre Principios Básicos para la Protección de las Poblaciones Civiles en los Conflictos Armados, adoptada por unanimidad.

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

que delimitan su ámbito de aplicación, (3) su carácter vinculante para todas las partes en conflicto, y (4) su independencia del reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, así como del estatus de los grupos enfrentados ante el Derecho Internacional Público¹¹⁸.

Con respecto a la definición de los conflictos armados internacionales y no internacionales, supuesto necesario para aplicar el DIH, la costumbre ha llevado a la jurisprudencia internacional a definirlos como “el recurso a la fuerza armada entre los estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos entre un Estado”¹¹⁹. A pesar de las diferenciaciones establecidas en los tratados internacionales frente a los dos tipos de conflicto, cada vez más la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha abogado por la abolición de tal distinción, con el objetivo de que las protecciones sean las mismas para los conflictos entre Estados y los conflictos en el interior de un Estado. Sin embargo, teniendo en cuenta

118 Sobre estos mismos temas también se puede ver el análisis que hace la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007.

119 Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Esta regla ha sido reiterada en numerosas decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, entre las cuales se cuentan los casos de Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999; Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005; Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000; Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004; Fiscal vs. Anto Furundzija, sentencia del 10 de diciembre de 1998; Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003; Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001; Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones 12 de junio de 2002; Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006. Sobre una discusión sobre el tema ver: Stewart, James. (Junio 30 de 2003). Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Recuperado de <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5W3JUY>. En este artículo el autor afirma, citando la decisión del Tribunal de Apelaciones del Tribunal Penal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia, que: “Si el derecho internacional, salvaguardando debidamente, por supuesto, los intereses legítimos de los Estados, debe procurar progresivamente la protección del ser humano, lo natural es que la dicotomía mencionada (conflicto internacional y conflicto no internacional) pierda gradualmente fuerza”.

que la jurisprudencia internacional ha establecido requisitos “objetivos” para declarar la existencia de un conflicto armado interno y que estos incluyen elementos relevantes para la caracterización de los actores y particularidades del conflicto, a continuación haremos unas breves aclaraciones sobre el tema.

Según la jurisprudencia internacional, la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular¹²⁰. Para establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) el nivel de organización de las partes¹²¹. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales

120 Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha explicado que “la definición de un conflicto armado *per se* formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del Fiscal vs. Rutaganda, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

121 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia. Sentencia del caso Tadic, par. 562. La posición en Tadic del Tribunal *ad hoc* es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la Corte Penal Internacional anotó que: “La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término ‘conflicto armado’ presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates.(...)”. Citado en: Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

la han apreciado de conformidad con criterios como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas. Todos estos criterios también han sido adoptados por la Corte Constitucional colombiana para caracterizar los conflictos armados internos¹²².

Dentro de la aplicación del DIH, la decisión sobre si existe o no un conflicto armado en últimas se refiere al reconocimiento de la índole colectiva del enfrentamiento, pues este no puede ser el resultado de la actividad de individuos aislados sin coordinación. En este sentido la discusión alrededor de su aplicación contiene en sí misma las cuestiones sobre la existencia de un mando responsable, que implique una cierta organización de los grupos armados insurrectos o de las fuerzas armadas disidentes. Esto no significa forzosamente la implantación de un sistema de organización militar jerárquico similar al de las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho.

Adicionalmente, si tomamos como base el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, los grupos armados de la oposición deben ejercer sobre una parte del territorio de la Alta Parte Contratante “un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Estos criterios están estrechamente ligados. El control se traduce en el dominio de una parte del territorio, lo cual requiere una organización de los grupos armados insurrectos. No se especifica la porción del territorio, pero se puede decir que el control debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el Protocolo, es decir, cuidar a los heridos y a los enfermos, por ejemplo, o recluir a los prisioneros y tratarlos debidamente, como se dispone en los artículos 4 (Garantías

fundamentales) y 5 (Personas privadas de libertad) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

De hecho, son las operaciones militares sostenidas y concertadas las que aseguran el dominio efectivo del territorio. ¿Qué se debe entender por ello? De acuerdo con las interpretaciones dadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en este contexto “sostenido” debe entenderse como lo contrario de “esporádico”. “Concertar” significa “pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio”. Se trata, pues, de operaciones militares concebidas y preparadas por grupos armados organizados. Los criterios de duración e intensidad no se tuvieron en cuenta en la definición, porque habrían introducido un elemento subjetivo. El criterio del carácter sostenido y concertado de las operaciones militares, dando por sobrentendido el elemento de duración e intensidad, responde, en cambio, a una comprobación objetiva de la situación.

Según esta interpretación, se excluyen explícitamente las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, que no son considerados conflictos armados. La noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; los otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones.

En cuanto a las tensiones internas, se trata de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Esas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos “políticos”; probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención; suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por la promulgación de un estado de excepción, sea por una situación

de hecho; denuncias de desaparición de personas. Frente al segundo postulado, las condiciones temporales, geográficas y materiales que delimitan el campo de aplicación del DIH, se debe precisar que estas condiciones harían parte de los elementos probatorios de los tipos penales que se diseñen alrededor de esas infracciones. Por esta razón serán analizadas en el siguiente acápite sobre elementos probatorios. El tercero y el cuarto postulados se refieren a las implicaciones políticas de la aplicación del DIH. En general el derecho internacional, tanto los tratados pertinentes, como la costumbre, han establecido que este conjunto de normas son vinculantes para todas las partes en conflicto y no implican el reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, ni el estatus de beligerancia de los grupos enfrentados.

En la medida en que el DIH hace parte del Derecho Internacional, la obligación general de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario se manifiesta en varios deberes específicos a cargo de los Estados. Entre ellos se cuentan: (1) el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; (2) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario, pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario – sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general-; y (3) el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario.



El 2 de mayo de 2002 se partió en dos la vida de Bojayá (Chocó) cuando un cilindro-bomba, lanzado por guerrilleros de las FARC en medio de enfrentamientos con paramilitares, hizo impacto en la iglesia donde la población civil se había resguardado del fuego cruzado. Hubo 79 muertos, entre ellos 48 menores de edad. Fotografía: Ricardo Chaparro © / CNMH.

Elementos probatorios

A pesar de la multiplicidad de conductas delictivas que se han consagrado dentro de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, los elementos que deben probarse para que se consuma la responsabilidad penal individual de los infractores son parecidos. Por un lado, existen una especie de “elementos contextuales” de los tipos penales que castigan infracciones del Derecho

122 Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda.

Internacional Humanitario. Estos elementos coinciden con las condiciones temporales, geográficas y materiales para que se aplique el DIH. Por otro lado, se pueden enumerar los elementos propios de las normas del Código Penal colombiano que establecen cuáles son los sujetos activos y pasivos de las infracciones del DIH. Finalmente, dentro de los elementos probatorios se deben tener en cuenta los supuestos de los principios de distinción y de proporcionalidad, propios del DIH. Todo esto bajo el entendido que, según la Corte Constitucional colombiana y en general según la doctrina en derecho internacional, la libre configuración del legislador en esta materia no es ilimitada, sino que se ve restringida por las normas generales sobre el DIH¹²³.

a) Elementos contextuales del tipo

Una vez se ha probado que efectivamente existe un conflicto armado teniendo en cuenta (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes, “el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico”¹²⁴. En este sentido el primer elemento contextual del tipo sería probar que existe un conflicto armado y que las violaciones analizadas se desarrollaron durante la duración de ese conflicto, incluso hasta que se haya alcanzado la paz. Esto quiere decir que no necesariamente las violaciones tienen que haber ocurrido en el centro temporal del conflicto, sino que pueden haber sucedido entre el cese de hostilidades y el acuerdo de paz.

123 Sobre el particular ver: Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda. Ir también al acápite sobre aplicabilidad en Colombia de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario.

124 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal vs. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. Reiterado en los casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001; y Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

Con respecto al segundo elemento contextual del tipo, en términos geográficos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde así no haya habido materialmente una confrontación armada se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia al precisar que “no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra”¹²⁵.

La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios”¹²⁶; que “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario”¹²⁷; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”¹²⁸; y, asimismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos el Derecho Internacional Humanitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en “todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea

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

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

127 *Ibid.*

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

que allí se desarrollen los combates como tales o no”¹²⁹. De tal manera, cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario “sería suficiente (...) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto”¹³⁰.

El tercer elemento contextual del tipo sería que, en términos materiales, para que un determinado hecho o situación quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto¹³¹. Así, no todos los hechos ilícitos que

129 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. En igual sentido, ha afirmado este tribunal que “el marco geográfico y temporal de este test también es jurisprudencia consolidada: los crímenes cometidos en cualquier lugar del territorio bajo el control de una parte del conflicto, hasta que se logre un arreglo pacífico del conflicto, caen bajo la jurisdicción del Tribunal”. (Traducción informal: “*The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005). Regla reiterada en los casos de Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

130 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. Igual regla fue aplicada en los casos de Fiscal vs. Dusko Tadic, anteriormente citado; Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004; Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, sentencia del 31 de marzo de 2003; Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

131 El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuandoquiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” (“closely related to the hostilities”; Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995), cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos (“an obvious link”; caso del Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998), un “nexo claro” entre los mismos (“a clear nexus”; *id.*); o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” (“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”; caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000).

ocurren durante un conflicto armado se someten al DIH. La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar. Y ha señalado que tal relación cercana existe “en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado”¹³².

Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”¹³³ y que

el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió¹³⁴.

132 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002.

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

134 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

b) Sujeto activo y pasivo de los tipos penales

Según el Código Penal colombiano, el sujeto activo requerido para la comisión de alguno de los delitos sobre infracciones del DIH es indeterminado y amplio, pues abarca a todo aquel que “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” cometa alguna de las conductas punibles consagradas en el Código Penal como tales.

Por su parte, el sujeto pasivo del delito debe ser una persona protegida por el DIH. Según el parágrafo del artículo 135 del Código Penal,

Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1.- Los integrantes de la población civil. 2.- Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3.- Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4.- El personal sanitario o religioso. 5.- Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6.- Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7.- Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8.- Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

La lista de personas protegidas por la normatividad penal no sólo obedece a lo establecido por el DIH en su conjunto, sino que remite expresamente a esa normatividad tanto presente como futura.

c) Principios de distinción y de proporcionalidad en los ataques

Tanto el principio de distinción como el de proporcionalidad se derivan directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo¹³⁵. En términos generales el principio de distinción se refiere a las diferentes categorías de personas que se encuentran protegidas por el DIH. Mientras tanto, el principio de proporcionalidad se refiere a las condiciones y finalidades de los ataques en sí mismos. En la medida en que la protección de los no combatientes está en el centro de ambos principios podría decirse que de la caracterización del primero se deriva el segundo, ambos bajo el postulado de la protección a la población civil. La caracterización de estos principios debe ser tenida en cuenta como parte de los elementos probatorios de las violaciones al DIH toda vez que el incumplimiento de los principios de distinción y de proporcionalidad en los ataques constituye en sí mismo una infracción del Derecho Internacional Humanitario.

El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra consagra el principio general de protección de la población civil en su artículo 13-1¹³⁶. Además, en el preámbulo de la “Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” se establece “el principio general de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades”. Adicionalmente, el principio general de protección de la población civil constituye una norma

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

136 “Artículo 13. Protección de la población civil. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”; y precisa que “para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas la circunstancias las normas siguientes”, es decir, las sub-reglas específicas en las que se manifiesta el principio de distinción.

de derecho internacional consuetudinario, aplicable a todo tipo de conflictos armados¹³⁷

Tal y como lo definió la Corte Internacional de Justicia, los principios de distinción y proporcionalidad buscan

la protección de la población civil y de objetos civiles, y establecen la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares¹³⁸.

La distinción entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes en todo conflicto armado no internacional. Las partes deben diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes para preservar a las personas civiles y a sus bienes. En efecto, es obligación de las partes en un conflicto esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles¹³⁹. Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, y forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de *ius cogens*.

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva de 1996 sobre la legalidad o el Uso de las Armas Nucleares, clasificó el principio de distinción como el primero de “los principios cardinales (...) que constituyen la esencia del

137 En términos del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, “la jurisprudencia de este Tribunal ya ha establecido que el principio de protección de los civiles ha evolucionado (y se ha convertido en) un principio de derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

138 Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

139 Así lo afirmó el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia: “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” (Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”). Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000.

derecho humanitario” y precisó que el principio de distinción es una regla *fundamental* que debe ser observada por todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, ya que constituye uno de los principios *intransgredibles* y de naturaleza consuetudinaria del Derecho Internacional Humanitario¹⁴⁰.

La cabal aplicación del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales exige claridad conceptual respecto de los conceptos de “combatientes”, “personas civiles”, “población civil” y “personas fuera de combate”. A pesar de que estas nociones adquieren un contenido específico en los conflictos armados no internacionales, el Protocolo II Adicional no contiene una definición de los mismos. Por lo tanto, las cortes internacionales han hecho usualmente recurso a definiciones de tipo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Actualmente estas definiciones se encuentran, en lo esencial, consolidadas a nivel consuetudinario.

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

140 En términos de la Corte Internacional de Justicia, “estas reglas fundamentales han de ser observadas por todos los Estados independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que los contienen, porque constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario CIJ, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, 1996.

captura o lesión -en particular el estatus conexo o secundario de “prisionero de guerra”.

Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”. La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos. Por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de “civil” para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad¹⁴¹.

Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil¹⁴². Esa noción comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil” no altera el carácter civil de dicha población¹⁴³.

141 Ver, por ejemplo, el caso del Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

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

143 “La presencia de combatientes individuales entre la población no cambia su carácter civil”. (Traducción informal: Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003, reiterado en el caso de Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005). Ver igualmente el caso Blaskic: ‘la presencia dentro de la población civil de individuos que no encuentran bajo la definición de civiles no priva a tal población de su carácter civil’ (...) Finalmente, puede concluirse que la presencia de soldados dentro de una población civil atacada intencionalmente no altera la naturaleza civil de esa población; y el caso Kupreskic: ‘la presencia de quienes están activamente involucrados en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil’. La Sala

de protección establecida por el principio de distinción cubre no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo II Adicional. Además, es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos la protección provista por el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates¹⁴⁴.

de Apelaciones del tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que la regla según la cual la presencia de soldados dentro de una población civil no altera su naturaleza como tal, debe ser apreciada teniendo en cuenta el número de soldados, así como si están en licencia o si se encuentran permanentemente asentados en medio de la población. Así, en el caso Blaskic se explicó: “La Sala de Decisión también afirmó que la ‘presencia de soldados dentro de una población civil intencionalmente atacada no altera la naturaleza civil de esa población’. El Comentario del CICR en este punto dispone: ‘...en tiempos de guerra es inevitable que individuos que pertenecen a la categoría de combatientes se entremezclen con la población civil, por ejemplo, soldados de licencia visitando a sus familias. Sin embargo, siempre y cuando éstas no sean unidades regulares con números significativamente altos, ello no cambia de ninguna manera el carácter civil de una población. Por lo tanto, para efectos de determinar si la presencia de soldados dentro de una población civil priva a la población de su carácter civil, el número de soldados, así como si se encuentran en licencia, debe ser examinado’. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004. Idéntica regla fue reiterada en los casos del Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004, y del Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001.

144 Esta regla fue sintetizada así por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Blaskic: “...el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida, en particular, por la Sala de Apelaciones en la decisión Tadic, protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de

El principio de distinción es de naturaleza compleja y se compone de varias sub-reglas que, individualmente consideradas, comparten con el principio básico la naturaleza simultánea de normas convencionales y normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos, además de ser en varios casos normas de *ius cogens* en sí mismas¹⁴⁵. Las distintas sub-reglas que componen el principio de distinción han sido consagradas desde los primeros instrumentos de codificación del derecho de la guerra, incluyendo la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Declaración de Bruselas de 1874, los Convenios de La Haya, hasta alcanzar su formulación cristalizada y concisa en los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, tal y como se han complementado por el derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos. Estas reglas son principalmente las siguientes: (1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (2) la prohibición de desarrollar acciones orientadas a aterrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados y (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil.

Como se dijo anteriormente, del principio de distinción se deriva el principio de proporcionalidad, que exige a las partes en un conflicto armado abstenerse de llevar a cabo una operación militar cuandoquiera que se pueda prever que de ésta resulten daños a la población civil o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Este

las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa. Más aún, la Sala de Decisión I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que decidió sobre el caso Akayesu, se basó en esta disposición para clasificar como civiles en el sentido del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000.

145 Estas subreglas han sido reconocidas por la Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-291 de 2007.

principio se formuló de manera sintética en el caso Galic del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia:

Una vez se ha constatado el carácter militar de un objetivo, los comandantes deben considerar si se puede esperar que el impacto de este objetivo cause pérdidas incidentales de vida, heridas a civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de los mismos, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Si se espera que resulten tales bajas, el ataque no debe ser realizado¹⁴⁶.

Argumentos a favor y en contra

Dentro del derecho de la macro-criminalidad, el Derecho Internacional Humanitario es el utilizado por excelencia para caracterizar los delitos cometidos en medio de un conflicto armado. Sin embargo, como hemos dicho, las infracciones del DIH se traducen en la consagración de tipos penales y no en modelos de imputación como tal. Esto implicaría que para imputar responsabilidades individuales frente a estos delitos habría que acudir a los modelos de imputación que mejor se acomodarían a este tipo de infracciones penales. Por ejemplo, algunas disposiciones como el artículo 129 del III Convenio de Ginebra hablan de “personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...”. Frases como esta muestran que una regla del DIH sería que los individuos que directamente hayan cometido o que hayan dado a sus subordinados la orden de cometer una conducta infractora del mismo son imputables y responsables penalmente.

Teniendo como base el caso de la responsabilidad del superior en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, cabe preguntarse si cualquier modelo de imputación se podría usar en la

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

imputación de responsabilidades por infracciones del Derecho Internacional Humanitario o si, por el contrario, las mismas disposiciones del DIH contienen en sí mismas pistas sobre qué modelo de imputación utilizar. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que según la interpretación autorizada del CICR los grupos armados en conflicto deben ser organizados, con un mando responsable, tener control sobre una parte del territorio, realizar operaciones militares de carácter sostenido y concertado, y tener la capacidad de aplicar el protocolo, ¿podría aplicarse en un proceso penal en el que se discuta la responsabilidad de un individuo por la comisión de una infracción del DIH un modelo de imputación que suponga otras concepciones sobre los grupos armados como, por ejemplo, la organización por redes y no jerárquica?

En relación directa con la pregunta sobre la diferencia entre tipos penales y modelos de imputación en las caracterizaciones de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, cabe además preguntarse cómo, aunque las disposiciones normativas que regulan los tipos penales en los que se infringe el DIH consagran exclusivamente responsabilidades individuales, estos tipos penales en sí mismos contienen elementos relacionados con el carácter de los actores colectivos involucrados en la macro-criminalidad. En la medida en que el ámbito de aplicación material de estas normas se refiere a las acciones cometidas dentro de un conflicto armado, la definición sobre qué se entiende por conflicto armado y las partes que lo integran permite establecer cuáles son las características de los grupos armados en conflicto y de los tipos de guerras que se quieren regular.

Aplicabilidad en Colombia

En Colombia la Constitución reconoció las reglas del DIH¹⁴⁷. Por su parte, la Corte Constitucional

147 Constitución Política de Colombia, art. 214 No. 2 “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

en diferentes sentencias ha reiterado la importancia de un desarrollo legislativo que implemente las medidas internas necesarias en materia de Derecho Internacional Humanitario. En efecto, en sentencia C-574 de 1992, donde se revisa el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, dijo:

Las reglas del Derecho Internacional Humanitario son hoy –por voluntad expresa del Constituyente– normas obligatorias *per se* sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son ‘en todo caso’ como lo señala significativamente la propia Carta¹⁴⁸.

Además, el Código Penal en su parte especial dispone de un título particular para tratar los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH¹⁴⁹. Las infracciones establecidas son las siguientes:

- Homicidio en persona protegida
- Lesiones en persona protegida
- Tortura en persona protegida
- Acceso carnal violento en persona protegida
- Actos sexuales violentos en persona protegida
- Prostitución forzada o esclavitud sexual
- Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos
- Perfidia
- Actos de terrorismo
- Actos de barbarie

148 Ver también: Sentencia C-225 de 1995 “...la Corte Constitucional coincide con la vista del Fiscal en el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (Constitución Política en este aparte fue tomada de: Apontetuciñin ente: artículos 93 y 214.2) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la constitución como norma de normas (Constitución Política artículo 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben si limitación en los estados de excepción (Constitución Política artículo 93). Como es obvio la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los cometidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

149 Ver Código Penal, arts. 135- 164.

- Tratos inhumanos y degradantes
- Actos de discriminación racial
- Toma de rehenes
- Detención ilegal y privación del debido proceso
- Constreñimiento o apoyo bélico
- Despojo en el campo de batalla
- Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria
- Destrucción y apropiación de bienes protegidos
- Represalias
- Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil
- Omisión de medidas de protección a la población civil
- Reclutamiento ilícito
- Destrucción del medio ambiente

Los veintinueve tipos penales que describen las conductas que infringen el DIH fueron incorporados en la reforma del Código Penal de 2000, presentada por el entonces Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, con el propósito principal de demostrarle a la comunidad internacional la voluntad local de adherirse a los avances en materia de humanización de los conflictos. De este modo, Colombia se posicionó como uno de los primeros países del mundo en establecer dentro de su legislación interna un catálogo completo de delitos que penalizaran los excesos cometidos en medio de un conflicto armado.

Pero el capítulo no fue presentado únicamente con el propósito de satisfacer a la comunidad internacional. Se debe recordar que en el año de 1998 (cuando se presentó la propuesta), el Gobierno aceptaba la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, por lo cual el Fiscal no dudó en aceptar la utilidad de la inclusión del capítulo dado nuestro contexto local: “se debe tener en cuenta que en la realidad por la que atraviesa el país, muchos de los delitos cometidos en el conflicto no solo vulneran la legislación colombiana, sino

que además violan varios preceptos del Derecho Internacional Humanitario¹⁵⁰.

No era para menos. Se estaba incorporando en nuestro ordenamiento jurídico un capítulo que abría el camino para empezar a distinguir entre el derecho aplicable a la guerra y el derecho aplicable a la paz. Si los jueces aceptaban la existencia de un conflicto armado –como en la práctica lo hicieron– en adelante los delitos cometidos con ocasión y en desarrollo del mismo iban a ser catalogados como infracciones al DIH, diferenciándolos de esta manera de los delitos ordinarios. Un homicidio cometido contra un civil en una toma de un municipio por parte de un grupo armado al margen de la ley ya no iba a ser juzgado con base en el mismo tipo penal aplicable a un homicidio cometido en un bar por motivos personales. Mientras el primero se iba a sancionar en adelante con normas pensadas para la anormalidad, el segundo se sancionaría con las normas tradicionales pensadas para épocas de normalidad, así ambos ocurrieran en el mismo país y en el mismo momento. La trascendencia era palpable: ayudando a definir las fronteras entre el derecho para la guerra y el derecho para la paz, se ayudaba también a problematizar la diferencia entre el derecho judicial de la guerra y el derecho judicial de la paz. En adelante, para contar con cifras que revelaran la verdadera magnitud de la violencia en Colombia no se iba a tener que seguir adivinando si los atentados terroristas denunciados habían ocurrido como consecuencia del conflicto armado o de violencia ordinaria. Por primera vez, el derecho y los procesos judiciales se constituían en una herramienta verdaderamente útil para el efecto.

Pero eso no era todo. Adicionalmente, sería posible sancionar por primera vez conductas que surgieran directa y exclusivamente de una situación de conflicto armado, tales como la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia o los experimentos biológicos en persona protegida, que antes no eran tipificadas por tratarse de un Código Penal pensado para la normalidad.

150 Ver lo publicado en la Gaceta No. 139 de 1998, sobre el Proyecto de Ley “Por el cual se expide el Código Penal”.

Los principales doctrinantes de derecho penal¹⁵¹ coincidieron en señalar que la inclusión del capítulo de DIH estuvo particularmente influenciada por la comunidad internacional, sin importar que unos celebraran el acontecimiento (por posicionar a Colombia a la vanguardia¹⁵²), o que otros la rechazaran (por tratarse de una intromisión inaceptable en la soberanía del país¹⁵³). En cualquier caso, al coincidir en que lo primordial fue responder a presiones internacionales dejaban la sensación de que en adelante no iban a discutir la utilidad de la herramienta para abordar el problema del conflicto interno armado, lo cual sucedió en la mayoría de los casos, con algunas excepciones.

Pedro Alfonso Pabón y Alejandro Ramelli optaron por abordar el estudio del capítulo de DIH “técnicamente”. Pabón analizó el contenido y alcance de los tipos penales incluidos en el capítulo, sin referirse a su utilidad en nuestro contexto particular. Ramelli, por su parte, evitó el análisis minucioso y detallado sobre los elementos configuradores de los tipos, tratando de sofisticar el estudio al concentrarse en hallar grandes directrices, hilos conductores o pautas de interpretación. En ese sentido, se refirió a los bienes jurídicos tutelados, realizó algunos comentarios sobre la protección a la población civil y los derechos y bienes jurídicos tutelados de los combatientes, reagrupó los tipos penales en las categorías de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y realizó algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de las normas y el recaudo y la valoración de la prueba. Todo lo anterior, de la manera más universal y menos contextual posible, refiriéndose a nuestro conflicto armado únicamen-

151 Pérez Torres, Gonzalo. (2002). Delitos contra la Humanidad y el Derecho Internacional Humanitario. En: *Delitos de Terrorismo y Narcotráfico, Estudios de Derecho Penal Especial*; Ramelli Arteaga, Alejandro. (2004). Personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En *Lecciones de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte general – Parte especial*. (Séptima edición). Ediciones Doctrina y Ley Ltda.; y Ferreira Delgado, Francisco José. (2006). *Derecho Penal Especial. Tomo I*. Bogotá: Temis.

152 Al respecto se puede consultar: Pérez Torres, Gonzalo. Op. Cit, p. 281 y Ramelli, Alejandro. Op. Cit, p. 689.

153 Al respecto se puede consultar Ferrerria, Francisco José. Op. Cit, p.136.

te para ejemplificar un problema interpretativo que le surgió en el momento de analizar el ámbito de aplicación *rationae personae* de la norma. En dicho acápite, Ramelli resalta que en ocasiones es difícil definir si los miembros de la fuerza pública son o no combatientes, porque, por ejemplo en Colombia, la Policía se ha militarizado en los últimos años ante el agravamiento del conflicto armado, portando en no pocas ocasiones armamento de igual naturaleza al del Ejército Nacional, realizando cursos de contraguerrilla e inclusive sosteniendo combates con la guerrilla o con los grupos paramilitares¹⁵⁴.

En el marco de Justicia y Paz, la categoría de crímenes de guerra y el uso de las infracciones del DIH han jugado un papel importante en la representación judicial del accionar de los paramilitares. En tanto uno de los elementos constitutivos de los tipos penales relativos a las infracciones del DIH es que se cometan con ocasión del conflicto armado, la aplicación de estos tipos demanda entonces una reconstrucción general del tipo de violencia en la que se enmarca el acto que permita determinar si el hecho efectivamente tiene una conexión o no con el conflicto. De este modo la mayoría de las sentencias de justicia y paz son ricas en la exposición de los elementos de contexto que permiten caracterizar las dinámicas de la violencia asociadas al conflicto armado y el modo como el accionar criminal de las autodefensas se inscribía en este marco general. Aunque en ocasiones estos fallos ahondan en la exposición de detalles históricos que no resultan estrictamente necesarios para el esclarecimiento de las atrocidades cometidas por estos grupos, lo cierto es que contienen información valiosa y pertinente relacionada con el surgimiento, estructura y funcionamiento de estos, contribuyendo así el esclarecimiento de las formas de operación de la macro-criminalidad.

La caracterización de los hechos como crímenes de guerra a partir de los criterios establecidos en el derecho penal internacional o su encuadramiento en las infracciones del DIH establecidas en la reforma penal del 2000 se enfrentan, sin embargo, a un obs-

154 Ver: Ramelli, Alejandro. Op. Cit, p. 704.

táculo. Aunque es cierto que el análisis a partir de estas categorías posibilita una caracterización más adecuada de la violencia relacionada con el conflicto armado, lo cierto es que pueden surgir reparos en términos del principio de legalidad, pues se acude a normas y jurisprudencia internacional o se aplican las normas del 2000 a hechos que ocurrieron antes de esta fecha. Sin embargo, los fallos de justicia y paz han sorteado esta dificultad de una manera que ha permitido aprovechar la riqueza explicativa de las categorías del DIH para caracterizar la macro-criminalidad ligada al conflicto, pero evitando los reparos en materia de la legalidad de los delitos y las penas. Así, en la parte de esclarecimiento y caracterización de los crímenes, los Tribunales de Justicia y Paz han utilizado los elementos de las infracciones del DIH, pero al momento de establecer la condena han acudido a las normas penales vigentes para el momento de los hechos. Por ejemplo, tratándose de homicidios cometidos antes del 2000, se ha acudido a la categoría del homicidio en persona protegida en tanto crimen de guerra, pero la fijación de la pena se hecho de conformidad con el delito de homicidio agravado, vigente para la época de los hechos¹⁵⁵.

3.4. Crímenes de lesa humanidad¹⁵⁶

Descripción

Según el artículo 7 del Estatuto de Roma se entiende por crimen de lesa humanidad aquel acto inhumano que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población

155 Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia 2 de diciembre de 2010, proceso 2006- 80281 contra Jorge Iván Laverde Zapata; sentencia del 16 de diciembre de 2011 contra Freddy Rendón Herrera; sentencia del 30 de octubre de 2013 contra Hebert Veloza García.

156 Mucha de la información utilizada en este aparte fue tomada de: Aponte, Alejandro. Colombia. En Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (Eds.) *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, p. 178.

civil y con conocimiento de dicho ataque¹⁵⁷. Esta definición fue el producto de las discusiones y de los acuerdos a los que se llegaron durante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. No obstante, la historia del concepto se puede remontar hasta 1907¹⁵⁸.

Los crímenes de lesa humanidad solo quedaron recogidos como delitos en un instrumento internacional cuando se redactó la Carta del Tribunal de Núremberg en 1945. Después de estos juicios, los crímenes de lesa humanidad fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Aunque los crímenes de lesa humanidad no son taxativos, por lo general se considera que las conductas dispuestas de manera expresa en los diferentes tratados internacionales son las constitutivas de dichos crímenes. Con respecto a la disposición residual encontrada tanto en el Estatuto de Roma como en los estatutos de los Tribunales Criminales *ad hoc*, correspondiente a los “otros actos inhumanos” que deben ser considerados crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia internacional ha es-

157 Dentro del artículo 7 del Estatuto se nombran los siguientes actos inhumanos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental.

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

tablecido qué elementos se debe tener en cuenta para que ciertas conductas se judicialicen como crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en el caso de Rutaganda decidido en el Tribunal Penal creado para judicializar los crímenes cometidos en Ruanda, se estipuló que los actos inhumanos constituirían crímenes de lesa humanidad cuando se cumpliera con los siguientes requisitos: a) la ocurrencia de un acto o una omisión de gravedad similar a los crímenes de lesa humanidad enunciados en el estatuto del Tribunal; b) el acto o la omisión debían causar serios sufrimientos o daños a la salud mental o física de una población civil, constituyéndose como violaciones serias a la dignidad humana; c) el acto o la omisión debían ser cometidos dentro de la ocurrencia de un “ataque” generalizado o sistemático a la población civil.



Juicio a las Juntas Militares en Argentina. Fotografía: archivo El Tiempo ©

Elementos probatorios

Los crímenes de lesa humanidad se distinguen de los crímenes ordinarios o de otros crímenes internacionales porque deben ser cometidos dentro del contexto de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. Sin embargo, esta condición general ha sido dividida en cinco elementos probatorios en la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc*¹⁵⁹.

i) **La existencia de un “ataque”**. Este requisito se refiere al vehículo por medio del cual se cometen los crímenes de lesa humanidad. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha preocupado por distinguir el concepto de ataque del de conflicto armado. En este sentido, el requisito probatorio de un ataque se refiere no solo a las hostilidades dentro de un conflicto armado, sino a cualquier maltrato a personas que no tienen lugar en el enfrentamiento armado. Por “ataque” se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos inhumanos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. En este sentido, la prueba de una política dentro de la cual se pudiera enmarcar el ataque sistemático y generalizado es indispensable. Al respecto, doctrinantes como Antonio Cassese han diferenciado entre el ataque definido por la costumbre internacional y por el Estatuto de Roma. Según este autor, mientras la costumbre internacional ha entendido que el Estado u organización no tiene que promover activamente el ataque, que este se puede constituir simplemente por la omisión del Estado o la organización frente a la política general, el artículo 7 del Estatuto de Roma requiere que necesariamente el Estado u organización promueva activamente el ataque¹⁶⁰.

159 Mettraux, Guénael. (2006). *International crimes and the ad hoc tribunals*. Oxford University Press, p. 155 y ss.

160 Cassese, Antonio. (2002). Crimes against humanity. En Cassese, Antonio (Ed). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Londres: Oxford University Press, p. 376.

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

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

Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil¹⁶¹. La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. En tiempos de guerra el concepto de población civil para la comisión de crímenes de lesa humanidad es sustancialmente igual al concepto de población civil en crímenes de guerra. En el caso de que no exista conflicto armado, el concepto de población civil puede incluir a todas las personas de un lugar, exceptuándose a aquellas que tienen el deber de mantener el orden público y tienen los medios para hacerlo.

iv) **El acto debe ser cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático**. Este requisito se refiere al carácter mismo del “ataque”, que debe ser generalizado o sistemático, o reunir ambas condiciones. El adjetivo generalizado se refiere a la escala numérica de víctimas y daños en el ataque. El número de víctimas puede ser contado ya sea por la acumulación de varios actos dentro de un mismo ataque o por la ocurrencia de un acto lo suficientemente extraordinario en su magnitud. El adjetivo sistemático se refiere al carácter ordenado de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por azar.

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

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

Argumentos a favor y en contra

- 1) Los crímenes de lesa humanidad se pueden cometer tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En esta medida se pueden configurar incluso sin que exista declaración o reconocimiento de que exista un conflicto armado en un determinado territorio. En efecto, los conceptos de “ataque” y “conflicto armado” han sido diferenciados por la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* y por la doctrina sobre derecho penal internacional. Esta distinción es importante no solo por las implicaciones políticas de reconocer la existencia de un conflicto armado, sino también porque en tiempos de paz la ocurrencia de “ataques” puede ser frecuente. La categoría de crímenes de lesa humanidad se convierte entonces en una garantía adicional para la población civil.
- 2) Los crímenes de lesa humanidad han tenido un desarrollo histórico particular. Mientras que en un principio estaban vinculados con los crímenes de guerra, actualmente son autónomos de estos, aunque puede suceder que un crimen tenga al mismo tiempo el carácter de crimen de guerra y de crimen de lesa humanidad. En efecto, en la medida en que ahora aparecen vinculados al derecho de los derechos humanos, cuando se cometen en medio de un conflicto armado plantean algunos interrogantes sobre su adecuada utilización. Esto puesto que, cuando los crímenes de lesa humanidad se enfrentan a los estatutos del derecho de los conflictos armados, pueden llevar a desconocer las realidades asociadas al principio de la estrategia militar de

la guerra. No hay que olvidar que en el derecho de la guerra incluso el sacrosanto derecho a la vida, núcleo básico del derecho de los derechos humanos, se circunscribe al derecho de los beligerantes de usar armas letales para debilitar al enemigo, incluyendo no solamente la muerte de combatientes, sino también de civiles en circunstancias limitadas.

- 3) Puesto que el requisito de culpabilidad para el acusado es simplemente el conocimiento que el delito se cometería como parte de un ataque generalizado o sistemático contra miembros de la población civil, el acuerdo pierde importancia como elemento de prueba, haciendo más difícil la conclusión sobre responsabilidades políticas directas. Sin embargo, en términos de verdad de imputación es muy eficaz, puesto que es más fácil probar el mero conocimiento que el acuerdo para delinquir.
- 4) En tanto la configuración del crimen de lesa humanidad depende de que haya sido cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado, o ambos, la prueba de su ocurrencia plantea exigencias altas en términos del esclarecimiento del contexto en el que se enmarca el crimen. Parece entonces inevitable que la investigación criminal se deba desplegar en una perspectiva macro. Esto, por supuesto, puede tener enormes ventajas para el esclarecimiento de los fenómenos de macro-criminalidad, pero también puede dificultar la judicialización de crímenes individuales de los cuales se sospecha que hacen parte de un ataque sistemático o generalizado.

Aplicabilidad en Colombia¹⁶²

El Código Penal colombiano tipifica los delitos de tortura, desplazamiento forzado y desaparición forzada, los cuales han sido internacionalmente reco-

162 Las reflexiones sobre la desaparición forzada fueron tomadas de: Uprimny, Rodrigo. Los retos jurídicos de la desaparición forzada: de la lucha por el reconocimiento a la lucha por la eficacia de un crimen atroz.

nocidos como crímenes de lesa humanidad cuando son cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado. Igualmente, a partir de la reforma constitucional del 2012, conocida como Marco Jurídico para la Paz, la Constitución incluye expresamente la categoría de crimen de lesa humanidad al disponer que en un proceso de transición hacia la paz se podrán establecer criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables de tal tipo de crímenes. Sin embargo, en la legislación penal interna no está definida la categoría de crimen de lesa humanidad. Pese a esto, en sintonía con la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en los últimos años la categoría de crimen de lesa humanidad ha ido ganando espacio en el ámbito judicial. Por ejemplo, la Fiscalía calificó como crímenes de lesa humanidad los homicidios de Bernardo Jaramillo y Luis Carlos Galán, y la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Justicia y Paz han utilizado esa categoría para catalogar buena parte de los crímenes cometidos por las AUC.

En vista de la ausencia de una definición del crimen de lesa humanidad en el derecho interno, las autoridades judiciales han acudido al Estatuto de Roma como referente normativo complementario de la legislación interna. Según la Corte Suprema de Justicia,

para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad (...) los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos¹⁶³.

La Corte Constitucional también ha reconocido esta remisión al Estatuto de Roma, bajo el

163 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 32022, Auto del 21 de septiembre de 2009.

entendido de que su artículo 7 hace parte del bloque de constitucionalidad¹⁶⁴.

En todo caso hay que enfatizar que esta remisión al Estatuto de Roma se debe hacer en consonancia con la normatividad penal interna, pues según lo indicó la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de la ley aprobatoria de ese Estatuto, “las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno”¹⁶⁵. En consonancia con esto, en los procesos de justicia y paz se han utilizado los referentes internacionales para complementar los tipos penales incorporados en la legislación interna, pero la condena e imposición de la sanción siempre se ha hecho dentro de los márgenes previstos en estos últimos. En todo caso, la caracterización de un crimen como de lesa humanidad también ha tenido implicaciones en el plano punitivo, pues ha justificado la imposición de las penas más severas posibles de acuerdo con la legislación nacional¹⁶⁶.

Aunque la aplicación de la categoría de crimen de lesa humanidad ha tendido a ceñirse a la normatividad internacional, también ha habido casos en que los jueces nacionales, encabezados por la Corte Suprema de Justicia, han desbordado este marco al calificar como crímenes de lesa humanidad conductas que no satisfacen los requisitos normativos internacionales. Concretamente, la Corte Suprema ha calificado como crimen de lesa humanidad el concierto para delinquir agravado¹⁶⁷, de lo cual han hecho eco

164 Según la Corte, “para el caso de los llamados crímenes de *lesa humanidad*, debido a que se trata de una variedad de delitos atroces no definidos en el ordenamiento jurídico colombiano sino en instrumentos jurídicos internacionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en concreto, a su artículo 7º, así como a los “*Elementos de los crímenes*”, adoptado por la Asamblea de Estados Partes”. Corte Constitucional, Sentencia T-355 de 2007.

165 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

166 Sobre los efectos en la imposición de la sanción más severa posible, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de abril de 2011, Proceso n.º 34547, Segunda instancia del proceso contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz Martínez.

167 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 32672 del 3 de diciembre de 2009 y segunda instancia del 31 de agosto de 2011.

algunos jueces¹⁶⁸. Se trata de una calificación problemática, pues además de los efectos simbólicos que tiene caracterizar un delito como crimen de lesa humanidad, existen efectos jurídicos como la imposibilidad de conceder amnistías e indultos.

De otro lado, pese a que el actual Código Penal favorece la armonización del derecho interno con el derecho penal internacional, en tanto tipifica conductas que hacen parte del catálogo de crímenes de lesa humanidad, tratándose de hechos que fueron cometidos antes de que estas conductas fueran tipificadas, la situación resulta más problemática. Piénsese, por ejemplo, en el delito de desaparición forzada, que solo vino a ser tipificado en el 2000. ¿Qué sucede entonces con las desapariciones cometidas antes de esa época? ¿Podrían ser tipificadas como tales y, de cumplirse los requisitos de generalidad y/o sistematicidad, llegar a ser consideradas como crímenes de lesa humanidad? La respuesta a estas preguntas no es sencilla, pues surge un primer reparo en términos del principio de legalidad, de conformidad con el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al momento en que ocurrieron los hechos. Sin embargo, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de legalidad no es absoluto. De acuerdo con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por el Estado colombiano, una persona puede ser condenada por hechos considerados delictivos de conformidad con los principios generales del derecho internacional, incluso si para el momento de la ocurrencia no estaban tipificados como tales¹⁶⁹.

168 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de Junio de 2009 contra Edwar Cobos Téllez, Uber Enrique Banquéz Martínez y sentencia del 16 de diciembre de 2011 contra Freddy Rendón Herrera, alias *El Alemán*.

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

La discusión en derecho sobre los crímenes de lesa humanidad en Colombia se ha dado en la jurisprudencia constitucional, a través de la consideración de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad.

El primer reto que impuso la práctica de la desaparición forzada al derecho internacional fue su tipificación como crimen atroz autónomo. De hecho, si bien esta práctica encuentra sus antecedentes en el régimen nazi y ha sido utilizada sistemáticamente por los regímenes dictatoriales y autoritarios de Latinoamérica desde la década de los sesenta, durante muchos años la misma no fue considerada como una modalidad específica de crimen atroz, sino más bien como una práctica vulneratoria de múltiples derechos humanos, como la vida, la libertad, la seguridad personal y el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ello se explica si se tiene en cuenta que su especificidad como crimen atroz, y en especial su distinción con otros crímenes atroces como el secuestro, no era del todo evidente.

Los esfuerzos por cambiar esta situación se concretaron en 1992, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que reconoció la desaparición forzada como un crimen autónomo. Esta declaración no constituía un instrumento de derecho internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados parte de Naciones Unidas. No obstante, sirvió como antecedente importante de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada en 1994 y ratificada por Colombia en 2005, y para la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en junio de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Estos instrumentos internacionales tipificaron la desaparición forzada como un crimen atroz autónomo y superaron el problema de su aparente ausencia de especificidad, imponiendo cuatro requisitos para que esta práctica tenga lugar: (i) que consista en la privación de la libertad de una o varias personas; (ii) que tenga el objetivo de sumir en la incertidumbre a los

familiares y demás personas cercanas a la víctima, mediante la ausencia de toda información sobre su paradero; (iii) que tenga como efecto la imposibilidad de acceder a cualquier protección legal, y (iv) que sea realizada por agentes del Estado o por personas autorizadas, apoyadas o toleradas por éste.

La identificación de estos elementos distintivos de la desaparición forzada permitió su diferenciación de otros crímenes atroces, como el secuestro. A diferencia de éste, la desaparición forzada no tiene como fin principal la extorsión, sino generar una incertidumbre absoluta e indefinida sobre el paradero de la víctima. Como tal, mientras que la desaparición forzada implica la ausencia de toda información sobre la situación de la víctima, el carácter extorsivo del secuestro implica algún grado de certeza sobre la vida de la víctima, así como el suministro de algún tipo de información sobre ella.

El segundo reto que la desaparición forzada impuso al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho colombiano en particular fue su categorización como crimen de lesa humanidad. De hecho, además de los elementos distintivos de la desaparición forzada, esta se caracteriza por la sistematicidad que generalmente la acompaña. Muy rara vez constituyen los casos de desaparición forzada prácticas aisladas. Por lo general, son sistemáticas y tienen una lógica y un objetivo subyacente, como la eliminación o grave afectación de un grupo político o social determinado de la población. No obstante, esta sistematicidad no se deriva de los elementos propios de la desaparición forzada antes señalados. Y ello resulta problemático porque, sin el reconocimiento de tal sistematicidad, la desaparición forzada no puede ser considerada como un crimen de lesa humanidad.

De ahí que, además de los elementos que le otorgan especificidad a la desaparición forzada, los instrumentos internacionales señalados afirman que, en todos aquellos casos en que es practicada de manera sistemática, la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad. Fuera de la importancia simbólica que tiene este reconocimiento en cuanto que resalta la gravedad del crimen de la desaparición forzada, este posibilita que, cuando su carácter

sistemático se presente, la desaparición forzada sea considerada como un crimen imprescriptible y pueda ser perseguida por los órganos del derecho penal internacional e incluso por los tribunales de cualquier país, en virtud del principio de jurisdicción universal. El reto del reconocimiento de la desaparición forzada como crimen atroz autónomo de lesa humanidad no fue únicamente enfrentado por el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, dado que este derecho solo opera de manera subsidiaria respecto a los derechos nacionales y que su aplicabilidad depende de su aceptación por parte de los Estados, fue mucha la presión que ejercieron las organizaciones de víctimas y de derechos humanos para que la desaparición forzada fuese también reconocida como un crimen específico en el derecho nacional. Esta presión era del todo explicable teniendo en cuenta que el reconocimiento de la desaparición forzada como delito permitiría que la misma fuese prevenida, perseguida y sancionada penalmente por los órganos estatales, con independencia de que el Estado colombiano ratificara o no los tratados internacionales sobre la materia. Como consecuencia de esa presión, el artículo 12 de la Constitución de 1991 incluyó la prohibición de la desaparición forzada. Adicionalmente, ésta fue incluida en el Código Penal como delito por la ley 589 de 2000.

La tipificación de la desaparición forzada en el derecho colombiano no estuvo exenta de debates. En particular, se discutió si, a diferencia de lo que sucedía en los instrumentos internacionales, debía admitirse la posibilidad de que la desaparición forzada fuese realizada por agentes distintos de los estatales y paraestatales. Esta propuesta fue planteada previendo la posibilidad de que particulares no vinculados con el Estado de manera alguna, tales como los miembros de grupos guerrilleros, perpetraran también este crimen atroz. Frente a esta propuesta hubo voces críticas que indicaron que la ampliación de este delito a todo tipo de sujeto activo podía restarle especificidad. Finalmente, ganó la primera postura y, en consecuencia, la desaparición forzada fue tipificada en Colombia como un crimen susceptible de ser cometido también por los miembros de grupos armados al margen de la ley y sometido a una causal de agravación de la

pena en caso de ser sistemático. Tras la revisión de la constitucionalidad de la ley por parte de la Corte Constitucional, la desaparición forzada terminó por ser considerada como un crimen susceptible de ser cometido por cualquier persona¹⁷⁰.

Aún están por comprobarse las bondades de esta ampliación del sujeto activo del delito de desaparición forzada a cualquier persona. Si bien se tiene el propósito de admitir la posibilidad de que también los grupos guerrilleros puedan cometer este crimen, la postura crítica frente a esta ampliación insiste en la situación de particular indefensión en la que se encuentran las víctimas de la desaparición forzada por el hecho de tratarse de un crimen perpetrado por agentes estatales o paraestatales.

Como quiera que sea, es evidente que, tras la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, las obligaciones estatales de investigación, sanción, reparación y prevención de la desaparición forzada no sólo tienen rango legal, sino también constitucional, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad que incorpora a la Constitución los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Sin duda, la coexistencia de estas normas implica una protección jurídica mayor de los derechos fundamentales que la desaparición forzada pone en riesgo, en particular si se tiene en cuenta que, en caso de conflicto entre ellas, siempre habrá de aplicarse aquella que sea más favorable a la protección del derecho fundamental vulnerado, en virtud del principio interpretativo *pro hominen*.

3.5. Genocidio

Descripción

El genocidio ha sido entendido internacionalmente como la destrucción o exterminio de grupos ente-

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2002. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas

ros o miembros de un grupo por razones discriminatorias. Con estas características el genocidio fue concebido como una categoría dependiente de crímenes de lesa humanidad. En efecto, no fue sino a partir de 1948, con la expedición de la Convención contra el Genocidio, que este delito adquirió un significado particular frente a los crímenes de lesa humanidad. El Holocausto, por ejemplo, fue definido más como persecución que genocidio¹⁷¹.

Aunque con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial la palabra genocidio ya había sido utilizada para nombrar crímenes atroces contra grupos determinados, su asociación con el Holocausto judío fue determinante para su desarrollo jurídico. Sin embargo, con la jurisprudencia de los Tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, este delito ha sido separado de su asociación casi natural a la Segunda Guerra Mundial. Esto ha permitido que se ejemplifiquen formas de discriminación diferentes a las del genocidio cometido por el régimen nazi para caracterizar esta violación del derecho internacional¹⁷².

Según la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo¹⁷³.

171 Cassese, Antonio. Genocide. En Cassese, Antonio (Ed.). *The Rome Statute...* Op cit., p. 335.

172 Sobre la historia del genocidio como crimen en contra del derecho internacional ver: Mettraux, Guénael. (2006). *International crimes and the ad hoc tribunals*. Oxford University Press, p.194 y ss.

173 La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951. Puede ser consultada en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm

Esta misma convención dispone cuáles son los actos que serán castigados de acuerdo con la definición de genocidio: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.

Al igual que los crímenes de lesa humanidad, el genocidio es uno de los delitos que es aplicable tanto en tiempo de paz como de guerra. Debido a su gravedad, la figura cobró autonomía frente a los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Elementos probatorios

La jurisprudencia internacional ha distinguido entre dos tipos de elementos probatorios para el crimen de genocidio: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En términos generales, el objetivo corresponde a la comisión de alguna de las conductas estipuladas dentro de la Convención contra el Genocidio, mientras que el subjetivo se refiere a la intención específica que debe probarse al acusado con respecto a querer efectivamente destruir en todo o en parte un grupo de personas por sus características particulares. En torno a estos dos elementos la jurisprudencia y la doctrina internacional han establecido ciertos parámetros probatorios.

Elemento objetivo. El crimen de genocidio requiere un elemento objetivo, esto es, el *actus reus*, que se puede dividir en tres partes. El elemento de conducta, que corresponde a los actos sancionados por la Convención contra el Genocidio: matanza de miembros de grupo; lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo y el sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro. El elemento de consecuencia, que es la efectiva realización del genocidio del grupo nacional, racial, étnico, o religioso, es decir la consumación del delito. Y el elemento circunstancial, que no se deriva

del texto de la norma sino de las interpretaciones que se le han dado a la misma, que es el contexto de un ataque generalizado y sistemático del que se deduce la existencia del genocidio¹⁷⁴. Aunque no se ha consagrado de manera expresa, los actos que constituyen genocidio deben ser cometidos dentro de una política generalizada o sistemática. No se podría pensar en calificar la muerte aislada de un homosexual o de un afrodescendiente como un acto genocida, inclusive cuando el perpetrador lo mató por ser parte de una minoría. Es necesario que el acto se cometa con la intención de exterminar parte o la totalidad de un grupo. Para cumplir con esta intención se necesita una política.

Con respecto al elemento objetivo vale la pena aclarar qué se ha entendido por grupo protegido para efectos de probar la comisión del delito de genocidio. Los grupos protegidos por la Convención y los estatutos de los distintos tribunales penales internacionales son los de carácter nacional, racial, étnico y religioso. Aunque fue tema de discusión en los trabajos preparatorios a la sanción de la Convención, se excluyeron los grupos políticos, económicos y culturales, ya que se definió que la protección se dirigía a grupos estables y a los que se perteneciera por nacimiento. El Tribunal Internacional Penal para Ruanda interpretó los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 y aclaró que los grupos protegidos dentro de la consagración normativa del genocidio son los: “Constituidos de forma permanente y a los cuales se pertenece de nacimiento, con exclusión de los grupos móviles, que se forman del compromiso individual voluntario, ya sea político o económico”¹⁷⁵.

Elemento subjetivo. El elemento subjetivo requerido para el genocidio se refiere, de acuerdo con la Convención y el Estatuto de Roma, a la intención de destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta intención se ha equiparado con la figura del *dolus specialis*, es decir que

174 Prieto, Rafael A. (2006). *Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, p. 104 y ss.

175 Fallo 1998, parr. 511. Citado en: Prieto, Rafael A. *Akayesu*. Op Cit., p. 106

va más allá del dolo que se podría predicar sobre la comisión de los actos que constituyen genocidio. No basta con cometer algunos de los actos dispuestos en la Convención o en el Estatuto de Roma, hay que además querer exterminar en todo o en parte un grupo protegido. En este sentido la negligencia, imprudencia o el mismo dolo eventual son excluidos como posibilidades para imputar genocidio.

Argumentos a favor y en contra

- 1) El genocidio está encaminado a reconocer el carácter y motivos discriminatorios de la guerra, por sobre los motivos económicos y políticos (relacionados con quien está en el poder) en los que normalmente se enmarcan los conflictos armados como el colombiano. En este sentido, enmarcar ciertos crímenes de sistema como genocidio podría contribuir al análisis del conflicto en la medida en que invita a pensar razones para la guerra que en ocasiones son olvidadas.
- 2) La prueba en el genocidio es especialmente difícil. No solo se debe probar la existencia de grupos étnicos, religiosos o políticos antagónicos, sino también la intención discriminatoria del autor. En este sentido se diferenciaría de los crímenes de lesa humanidad en los que sólo se debe probar que el acusado conocía de la existencia del ataque, aunque no necesariamente se pruebe que compartía la intención del ataque.
- 3) A pesar de tratarse de una figura que puede ser cometida tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, la discusión en Colombia sobre el genocidio ha girado en torno a los supuestos “peligros” que la figura le implicaba a un ejecutivo que debía aplicarla en un país en guerra. Por ejemplo, frente a la determinación del objeto material del delito, el legislativo aprobó en 1999 una norma que incluía el genocidio político, así como el ejecutado contra una colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos. El texto fue inmediatamente objetado por el

Presidente de la República, por considerar que la adopción de la figura limitaba el ejercicio del cumplimiento de las funciones constitucionales y legales de la fuerza pública. El Congreso acató parcialmente la objeción presidencial, excluyendo de protección a las colectividades con identidad propia fundada en motivos políticos, pero manteniendo la figura del genocidio político. Pero ahí no concluyó la lucha. A pesar de incluirse el genocidio por razones políticas, la norma sancionada aclaraba que el tipo era aplicable, siempre y cuando se tratara de grupos humanos que actuaran dentro del marco de la Ley. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable tal aparte, por considerar que la dignidad humana y los derechos a la vida e integridad personal no admiten esa clase de restricciones. (Sentencia C-177/2001)

Aplicabilidad en Colombia

El delito de genocidio está consagrado en el artículo 101 del Código Penal colombiano. A diferencia de la tipificación del delito en los tratados internacionales, en el Código colombiano se incluye el delito de genocidio político. Al respecto la Corte Constitucional estableció que:

Ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección. No hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene. La incriminación de

la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la Constitución Política de 1991 entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos¹⁷⁶.

Aunque el sistema judicial no ha juzgado actos que constituyan genocidio, en el análisis sobre si este delito serviría para representar ciertas masacres se ha argumentado que aunque en unas las víctimas hacen parte de grupos protegidos, los móviles que las han propiciado son distintos a la intención discriminatoria. Por ejemplo, se ha dicho que en Colombia los grupos narcotraficantes han masacrado indígenas, pero no por intolerancia o cualquier otro móvil discriminatorio, sino con el propósito de ocupar sus tierras para cultivar hoja de coca o por su posición estratégica en el negocio ilegal. En dichos casos no se podría hablar técnicamente de genocidio. Otro ejemplo sería el caso de los homicidios cometidos por grupos paramilitares contra comunidades negras. Dicen autores como Alejandro Aponte que es difícil establecer si casos como la masacre del Naya fueron cometidos con el propósito de destruirlos como grupo o simplemente para apropiarse de sus tierras.

Con respecto a la ampliación que se hizo del genocidio en la tipificación penal, aunque se ha argüido en el plano nacional que ciertas masacres han sido producto de intenciones genocidas, estos argumentos no han sido exitosos. En el plano internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha admitido el Caso 11.227 en el que a solicitud de la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas se examina el proceso de exterminio contra la Unión Patriótica (UP) por genocidio político. La CIDH señaló en el informe No. 5/97, sobre la admisibilidad de este caso,

¹⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177 de 2001. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

que “los peticionarios han presentado argumentos que procuran establecer una práctica de asesinatos políticos en masa y la persecución extrema de los miembros de la Unión Patriótica con la intención de eliminar físicamente al partido y de diluir su fuerza política”.

En ese mismo informe, la instancia internacional se pronuncia a favor de analizar este caso sobre la

base de que existen suficientes elementos para determinar una pauta de persecución que haría posible demostrar que los casos de la UP, aparentemente inconexos, corresponden bien a una práctica y un esquema de exterminio dirigidos de manera concertada.



3.6. Violencia sexual

Descripción

En la historia de violaciones atroces al derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la violencia sexual

ha sido utilizada como una herramienta de poder dentro la guerra. Como prueba de eso se podrían citar los casos de los soldados serbios que violaban a las mujeres musulmanas mientras que les hacían cantar canciones patrióticas¹⁷⁷ o durante la Segunda Guerra Mundial cuando los nazis esterilizaron a las mujeres judías y los militares japoneses man-

¹⁷⁷ Copelon, Rhonda. (1994). Surfacing Gender: Re-Engraving Crimes against Women in Humanitarian Law Rape as a Weapon of War in the Former Yugoslavia. En *5 Hastings Women's Law Journal*.

tuvieron burdeles que llenaban con mujeres asiáticas secuestradas. También puede citarse cómo en la guerra balcánica las mujeres eran secuestradas y violadas para quedar embarazadas y entonces eran detenidas hasta el parto para que no pudieran abortar o en Ruanda cuando las mujeres eran abusadas sexualmente de forma tan brutal, que les causaban la muerte.

Aunque la violencia sexual hace parte de los posibles delitos que pueden ser cometidos como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad e incluso como genocidio, dentro de este manual les dedicaremos un acápite aparte por sus particularidades y porque además nos invitan a reflexionar sobre la judicialización de crímenes de sistema desde una perspectiva de género.

La violencia sexual como infracción del Derecho Internacional Humanitario

Durante la Segunda Guerra Mundial se cometieron abusos sexuales graves como violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada, aborto forzado, pornografía, mutación sexual, etc. Aunque estos crímenes podían ser procesados bajo el artículo 6 del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg como un acto inhumano cometido contra una persona civil o por persecución política, racial, o religiosa, no hubo ninguna acusación por delito sexual.

Por el contrario, en los juicios de Tokyo, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, varios comandantes japoneses fueron condenados por “La violación de Nankin”. Así es conocido el caso en el que las fuerzas armadas de Japón ocuparon la ciudad china de Nankin y en el primer mes violaron a 20.000 mujeres.

Después de Núremberg, la violencia sexual fue condenada por los convenios de Ginebra y sus posteriores protocolos para el caso de conflictos internacionales e internos. El artículo 27 del IV Convenio de Ginebra (1949) exigió que “Las mujeres serán espe-

cialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. Asimismo, el IV Convenio de Ginebra no incluye delitos sexuales específicos dentro de las conductas prohibidas, es posible concluir que se encuentran incluidas las violaciones sexuales. Por ejemplo, en la medida en que una persona es violada sexualmente con el fin de dominarla físicamente y deshumanizarla mentalmente se puede incluir esto dentro de la definición de tortura, si la violación se cometió para conseguir información¹⁷⁸. En teoría, una violación sexual puede ser considerada tortura y una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, es sólo a partir de 1977, con la expedición de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, que se profundizó en la prohibición de abusos sexuales. El protocolo Adicional I, artículo 75 (2) (b) prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. El protocolo Adicional II, artículo 4(2) (e) prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”.

Posteriormente, en los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia se condenaron algunas personas por violencia sexual como una violación grave (tortura) de los Convenios de Ginebra¹⁷⁹. Cuando el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda fue expedido, ya existían suficientes precedentes de violaciones sexuales procesadas como tortura, lo que permitió que la violencia sexual fuese referida explícitamente como una violación grave, independiente de la tortura. Esto se materializó en el artículo 4 (e) del estatuto de TPR, que se refiere explícitamente a la violación sexual, la prostitución forzada y el asalto indecente como son violaciones graves de los Convenios de Ginebra.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Por ejemplo, ver: Delic en Delalic et al. (“Celebici” IT-96-21; *Furundzija*, (IT-95-17/1); Kunarac et al. (IT-96-23 y 23/1).

Aunque la violencia sexual era un delito en el que el tribunal tuvo jurisdicción, al principio no hubo ninguna acusación relacionada con abusos sexuales en el TPR. Solamente cuando la única jueza en el caso de *Akayesu*, Navanethem Pillay, insistió en preguntar a las víctimas sobre sus experiencias, se reveló la política de persecución sexual contra los y las Tutsis. Una mujer Tutsi (testigo J) atestiguó que su hija de apenas 6 años fue violada y la testigo H confirmó que fue violada y presenció este tipo de crimen contra otras mujeres. Fue tan evidente que los delitos sexuales habían sido parte de una política sistemática, que la corte de primera instancia modificó las acusaciones contra Akayesu, para incluir abusos sexuales (Akayesu (ICTR-96-4-I)). Después hubo algunas condenas por abusos sexuales como una violación grave a los Convenios de Ginebra (por ejemplo Bagasora (ICTR-96-7-1)).

El Estatuto de Roma dispone en el artículo 8 (2) (b) (xxii)/8(2) (c) (vi) que los siguientes actos constituyen crímenes de guerra:

actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

La violencia sexual dentro de los crímenes de lesa humanidad

50 años después de los juicios de Tokyo, en Mayo de 2000, como una iniciativa de la población civil, se creó el Tribunal de las Mujeres por Crímenes de Guerra Internacional en Tokyo, para investigar la responsabilidad del Estado de Japón, de algunos comandantes y del Emperador Hirohito en la violencia sexual cometida a las mujeres pertenecientes a burdeles durante la guerra. En principio, Japón negó su responsabilidad, argumentando que las mujeres eran prostitutas y tenían relaciones sexuales voluntariamente. Sin embargo, el fallo encon-

tró que el Emperador era culpable de los delitos, amparándose en la responsabilidad superior. Los burdeles estaban institucionalizados por el Estado y eran sistemáticos, por esta razón constituyeron un crimen de lesa humanidad¹⁸⁰.

En el 2001, la Corte de Primera Instancia del Tribunal Penal de la antigua Yugoslavia encontró culpables a tres acusados, Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, por violación sexual, tortura y esclavitud en la municipalidad de Foca. Es un fallo importante respecto a las violaciones sexuales, porque fue el primer caso que consideró únicamente el maltrato a mujeres durante el conflicto, además fue el primero que catalogó la violación sexual como un crimen de lesa humanidad y que consideró la violación sexual en masa. En la municipalidad de Foca, mujeres y niñas que estaban detenidas en un colegio fueron abusadas sexualmente de manera frecuente. Algunas, desde los doce años de edad, eran llevadas del colegio a apartamentos donde fueron retenidas por meses. Todos los días que estuvieron encerradas fueron violadas por los acusados y por otros soldados, que las hacían limpiar los apartamentos y cocinar. Fueron además tratadas como propiedad y después fueron vendidas¹⁸¹.

El artículo 7(1) (g) del Estatuto de La Corte Penal Internacional criminaliza: Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

La violencia sexual como genocidio

La violencia sexual como una forma de genocidio fue incluida en la modificación de las acusaciones

¹⁸⁰ Chinkin, Christine. (2001). Women’s International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery Editorial Comment. En *95 American Journal of International Law*, No. 1.

¹⁸¹ Buss, Dorris. (Jan. 2002). Prosecuting Mass Rape: Prosecutor v. Dragoljub Kurarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. *10 Feminist Legal studies*, No. 1.

contra Akayesu en el Tribunal Penal para Ruanda. La corte declaró que la violencia sexual puede constituir genocidio cuando los actos son cometidos con la intención a destruir un grupo particular. En el caso de Akayesu, hubo evidencia que algunas mujeres fueron violadas para generarles sufrimiento extremo antes de matarles. Un testimonio aseguró que el acusado les dijo a los paramilitares Interhames: “nunca me pregunten más cómo es el sabor de una mujer Tutsi” y “mañana van a estar muertas”. El Tribunal consideró que las palizas y las matanzas, además de la violencia sexual, constituían parte de la política de genocidio contra los Tutsis.



Fotografía: Soraya Hoyos © / CNMH.

Elementos probatorios

Además de los elementos probatorios específicos para probar la ocurrencia de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, los delitos sobre violencia sexual requieren de los siguientes elementos de prueba:

- i) Existencia de penetración sexual, aunque sea escasa, (a) de la vagina o ano por pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador (Kun-

nerac (IT-96-23 y 23/1) para 460). El TPR reconoció que la violencia sexual históricamente ha sido definida en jurisdicciones nacionales como relaciones sexuales, que pueden incluir “inserción de objetos y/o uso de orificios del cuerpo que no son considerados intrínsecamente sexuales” (Akayesu (ICTR-96-4-I) para 686). En el caso citado, una mujer moribunda, fue penetrada utilizando una rama de madera, por combatientes de la milicia Interhamwe.

- ii) No debe existir consenso de la víctima. En este sentido, el consenso se ha definido como intencional, como un resultado de la libre voluntad de la víctima, de acuerdo con el caso concreto. (Kunerac (IT-96-23 y 23/1). para 460)
- iii) *Mens rea*: la intención de efectuar la penetración sexual. (Kunerac (IT-96-23 y 23/1). para 460)

Argumentos a favor y en contra

- 1) Admitir la particularidad de la violencia sexual como crímenes de sistema es muy importante para reconocer las discriminaciones por género en la guerra, ya sea contra mujeres o contra hombres. Esta especificidad al judicializar este tipo de delitos contribuye a la reconstrucción de la verdad histórica.
- 2) Es importante reconocer que la violencia contra las mujeres en conflictos armados está íntimamente asociada a procesos históricos de exclusión y discriminación, que se acentúan e intensifican durante los conflictos armados, colocando a las mujeres indígenas y pobres en condiciones de vulnerabilidad¹⁸².
- 3) La violencia sexual como crimen de sistema particular reconoce que la situación de riesgo e inseguridad a la que están expuestas las víc-

¹⁸² Violencia sexual contra las mujeres en conflicto armado y post conflicto en América Latina. Recuperado de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4739.pdf>.

timas, aunque es común a hombres y mujeres, afecta de manera diferenciada y especial a las mujeres, quienes además se encuentran ante un riesgo más alto.

Aplicabilidad en Colombia

En Colombia la situación de riesgo e inseguridad a la que están expuestas las víctimas es común a hombres y mujeres, pero afecta de manera diferenciada y especial a estas últimas, quienes además se encuentran ante un riesgo más alto. El asesinato de varias mujeres a principios de 2007, en situaciones asociadas al reclamo de sus derechos, puso en evidencia tal situación¹⁸³.

El 1 de febrero de 2007 fue asesinada la señora Yolanda Izquierdo Berrío, quien era una campesina líder que reclamaba por ella y 700 familias más que habían sido despojadas de sus tierras por grupos paramilitares. Las amenazas habían sido denunciadas ante la Fiscalía. Días después, el 7 de febrero, fue asesinada Carmen Cecilia Santana Romana, quien era dirigente del Sindicato Nacional de Trabajadores del Sector Bananero y que estaba a punto de presentar ante la jurisdicción de justicia y paz el caso por el asesinato de su esposo en 1995. El 14 de marzo, fue asesinada Osiris Jacqueline Amaya Beltrán, de la comunidad Wayú. Osiris fue violada, secuestrada y asesinada por los paramilitares, porque no pagó las extorsiones que le imponían. El 23 de abril del mismo año fue asesinada Judith Vergara Correa, que pertenecía a la Corporación para la Paz y el Desarrollo Social, y trabajaba con la Red de Iniciativas Ciudadanas por la Paz (Redepaz) en Medellín.

En estas condiciones, resulta indispensable dar seguridad a las mujeres como una forma de supe-

¹⁸³ Mesa de Trabajo por un Plan Integral de Protección a Víctimas y Testigos de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con enfoque diferencial de género. “Plan integral de protección a víctimas y testigos de graves violaciones a derechos humanos e infracciones a derecho internacional humanitario, con enfoque diferencial de género. Propuesta para el cumplimiento de la sentencia T-496 de 2008”. Noviembre 25 de 2008.

rar una barrera en el acceso a la justicia. Por esa razón, la Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz (IMP) interpuso una acción de tutela para la protección de sus líderes, así como de víctimas acompañadas por dicha organización. La Corte Constitucional, a través de la sentencia T-496 de 2008, concedió la acción de tutela a favor de IMP. La Corte constató los riesgos reales que enfrentan las víctimas y los testigos en los procesos de Justicia y Paz. Estos riesgos se derivan del mantenimiento de estructuras armadas a pesar de la desmovilización de grupos paramilitares y de las amenazas contra víctimas y testigos en el marco de la reclamación de sus derechos en procesos de justicia y paz. En aras de “afrentar el impacto diferenciado y agudizado que el conflicto armado genera sobre las mujeres víctimas de la violencia”, la Corte señaló unos elementos mínimos de racionalidad que deberían ser tenidos en cuenta en el programa de protección.

En marzo de 2009, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos llamó la atención sobre la importancia de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de violencia sexual cometidos contra las mujeres en el marco del conflicto y reiteró su voluntad de apoyar este esfuerzo¹⁸⁴. La Alta Comisionada, Navi Pillay, señaló que en el contexto de las versiones libres de la Ley “de justicia y paz” se han mencionado 18.431 delitos, de los cuales 15 corresponden a casos de violencia sexual contra mujeres y de éstos sólo cuatro han sido confesados por sus autores, lo que muestra no solo el grado de impunidad, sino también un preocupante subregistro, y por lo tanto poca visibilidad de este crimen terrible contra las mujeres y las niñas¹⁸⁵.

En el corregimiento El Tigre, del municipio de la Hormiga (Putumayo), el día 9 de enero de 1999 se produjo una incursión paramilitar, según los informes con la colaboración de la Brigada XXIV y agentes de la policía. Al menos 26 personas fueron

¹⁸⁴ Recuperado de <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1-----&s=n&x=57403>.

¹⁸⁵ Recuperado de <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1-----&s=n&x=57403>.

ejecutadas y 14 “desaparecieron”. Al parecer, algunas de las personas ejecutadas fueron sometidas previamente a tortura y mutilaciones de índole sexual. Entre las víctimas figuran desde niños y adolescentes hasta ancianas y mujeres embarazadas¹⁸⁶.

3.7. Terrorismo nacional e internacional

Descripción

El terrorismo es un tipo penal que ha tenido regulaciones nacionales e internacionales en tiempos de paz y de guerra. En el derecho internacional, en términos generales, el terrorismo consiste en actos normalmente tipificados en los sistemas penales nacionales o asistencia en la comisión de estos actos cuando ocurren en tiempos de paz. Estos actos deben realizarse con la intención de provocar un estado de terror en la población o para forzar la acción de un Estado o de una organización internacional. Finalmente, estos actos deben ser motivados por razones políticas o ideológicas, nunca por fines únicamente privados.

Por su parte, la prohibición de los actos de terrorismo en tiempos de guerra se inspira en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra. La prohibición de los actos de terrorismo, sin otra mención, cubre no sólo los actos dirigidos contra las personas, sino también contra instalaciones (aéreas, por ejemplo) y que puedan provocar incidentalmente víctimas. Cabe destacar que los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil constituyen una forma particular de terrorismo y son objeto de una prohibición específica en el artículo 13 (Protección de la población civil), párrafo 2.

186 Recuperado de <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/040/2004/es/f49b819e-d598-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr230402004es.pdf>



Elementos probatorios

- ▶ El elemento objetivo del tipo: el acto terrorista debe estar prescrito como una conducta prohibida en cualquier derecho nacional. Por ejemplo, asesinato, lesiones graves, secuestro, explosión de bombas, etc. Además, la conducta debe ser transnacional, esto es que no debe estar limitada a causar efectos en un solo territorio nacional con ningún elemento o conexión con otro Estado. Las víctimas pueden ser civiles o estatales.
- ▶ El elemento subjetivo. La intención del que es responsable de terrorismo debe ser aterrorizar a la población u obligar a un Estado u organización internacional a actuar de determinada manera. El motivo en todo caso de la conducta no puede ser un fin privado. Debe estar motivado en razones políticas, religiosas o ideológicas.
- ▶ Cuando un acusado es responsable del delito de terrorismo en tiempo de guerra debe además probarse que se está en un conflicto armado acudiendo a las normas de Derecho Internacional Humanitario.

Argumentos a favor y en contra

El terrorismo es un tipo penal aplicable en tiempos de paz y de guerra. Aunque esto permite que se sancionen actos que busquen generar zozobra en

la población, incluso en momentos en los que no se puede probar un conflicto armado, esto genera diferentes grados de protección y de adecuación a

los hechos dependiendo si de hecho un Estado se encuentra en situación de guerra o no.

3.8. Terrorismo nacional

Descripción

1980	2000	Norma específica de DIH
Art. 187. “El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los delitos que se ocasionen con este hecho”.	Artículo 343. “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.	Artículo 144. “Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años”.

Elementos probatorios

Para imputar responsabilidad por terrorismo se requiere: 1) originar en un sector identificable de

la sociedad o en toda ella un estado generalizado de miedo, sensación de amenaza e inseguridad o prolongarlo en el tiempo. 2) Tal resultado se debe obtener mediante el despliegue de actos que ele-

ven el riesgo a bienes jurídicos fundamentales o a elementos básicos de la vida en comunidad. 3) Los actos de peligro deben ser realizados por medios lo suficientemente idóneos para causar daños considerables a las personas o a las cosas, sin que sea necesario que tales hechos se configuren, pues si ello ocurre, puede incurrirse en otras conductas.

Para responsabilizarlo por el crimen cometido se requiere que no sea aplicable ninguna causal de justificación, entre las cuales se encuentran: a) defensa colectiva o público estado de necesidad, b) coacción ajena, c) miedo insuperable, d) error de tipo, e) error invencible de prohibición.

Argumentos a favor y en contra

El terrorismo permite sancionar la ejecución de actos realizados que provoquen o mantengan en estado de zozobra o terror a la población. Sin embargo, la norma ordinaria de terrorismo no tiene ningún efecto frente a las conductas que sucedan con ocasión o en desarrollo del conflicto armado interno, pues desde el año 2000 se incorporó al capítulo de DIH un tipo penal que sanciona los actos terroristas, el cual por especialidad deberá ser aplicado a los casos que sucedan con ocasión de la guerra.

Aplicabilidad en Colombia

El terrorismo o la ejecución de actos realizados con el ánimo de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público en una sociedad es una figura muy nueva en nuestro ordenamiento jurídico y fue incluida en el Código Penal en la reforma de 1980¹⁸⁷. Sin el elemento subjetivo, que la doctri-

187 El Código Penal de 1936 sancionaba el empleo contra personas o edificios o el alzamiento en lugares públicos de dinamita u otros objetos explosivos o inflamables. Sin embargo, tales comportamientos no constituían terrorismo, por carecer del elemento subjetivo esencial que lo distingue: el propósito o intención del agente para crear un ambiente de zozobra o malestar en la población. Luego de que la conducta fue incluida por primera vez en el Código Penal de 1980, la norma fue “complementada”

na tradicional ha conocido como dolo específico, la actividad delictiva no puede recibir la denominación jurídica de terrorismo. En ese sentido, no basta con que una conducta ilícita despierte en la comunidad sentimientos de pavor, espanto o miedo excesivo, pues el agente debe tener la intención de generar tales sentimientos para que la conducta pueda ser calificada como terrorismo. Tampoco basta la intención de amedrentar a una persona determinada, pues se requiere generar un ambiente generalizado de pavor en una sociedad.

El Código Penal de 1980 aclaró que el ambiente de zozobra debía ser creado mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes. Sin embargo, la conducta se consuma con independencia de los daños que se causen, los cuales se sancionan independientemente. Por ello es frecuente que el delito de terrorismo sea sancionado en concurso con otros como el homicidio, las lesiones personales, el incendio o el daño en bien ajeno.

Contrario a lo que sucede en los delitos políticos y en el concierto para delinquir¹⁸⁸, cuyas conductas solo pueden ser cometidas por un número plural de personas, los actos terroristas pueden ser cometidos por una única persona, siempre y cuando con su actuar busque causar zozobra y pánico a una comunidad. También los actos terroristas se suelen cometer en organizaciones. En ese sentido, se trata de una típica categoría de conducta individual desviada en medio de la normalidad, por medio de la cual se condenan las actuaciones excepcionalmente cometidas por una “minoría” de individuos que se desvían respecto de los valores hegemónicos de la sociedad donde actúan.

Lo importante (al menos en el momento en que por primera vez se incorporó la figura en nuestro

varias veces a través de decretos de Estado de Sitio. Ver, por ejemplo, Decretos 1038 de 1984 y 180 de 1988. Este último es conocido como “Estatuto para la defensa de la democracia”.

188 Adicionalmente, el concierto para delinquir se diferencia del terrorismo, básicamente por el elemento subjetivo. Mientras el propósito del concierto es “cometer delitos”, el del terrorismo es “crear o mantener un ambiente de zozobra”. En otras palabras, mientras en el concierto el delito es el fin de la actividad delictiva en sí mismo, en el terrorismo es un medio para infundir pavor.

Código Penal) era que quien ejecutara la conducta buscara causar zozobra y pánico en una comunidad. En otras palabras, que estuviera presente el elemento subjetivo, sin el cual la actividad delictiva no podía recibir la denominación jurídica de terrorismo. Sin embargo, la dificultad empírica de probar la intencionalidad del acusado (*mens rea*), así como la necesidad de usar masivamente la figura para sancionar varias de las conductas que se estaban cometiendo en el país hizo que el legislativo modificara el artículo que tipificaba la conducta en el año 2000, con el propósito de objetivarla¹⁸⁹.

Fue así como se pasó de sancionar mediante el tipo penal de terrorismo a aquel “que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público...”¹⁹⁰ cometiera la conducta, a sancionar a aquel que provocara o mantuviera en estado de zozobra o terror a la población¹⁹¹. En adelante, ya no sería necesario probar que el acusado quiso aterrorizar a la población, sino simplemente que en efecto lo hizo. Nótese que aparentemente el impacto de la modificación es favorable para un país inmerso en un conflicto armado, pues facilita la judicialización de un variado grupo de actividades emprendidas por miembros de los diversos grupos al margen de la ley que aterrorizan con su actividad frecuentemente a la población, así no sea ese su propósito principal, aunque se corra el riesgo de que los operadores jurídicos empiecen a catalogar como terroristas actividades que ellos consideran que provocan terror, así efectivamente ello no suceda¹⁹².

189 Aunque la modificación legislativa ocurrió hasta el año 2000, desde antes el Ejecutivo había estado empeñado en objetivar la conducta, para lo cual había usado la figura de decretos de Estado de Sitio. (Ver, por ejemplo, la regulación de la conducta en el “Estatuto para la defensa de la democracia”, Decreto 180 de 1988). Al respecto se puede consultar: Cruz Bolívar, Leonardo, p. 449.

190 Artículo 87 del Código Penal de 1980. Subrayado fuera del texto.

191 Artículo 343 del Código Penal de 2000. Subrayado fuera del texto.

192 Piénsese, por ejemplo, en la política de algunos grupos contra-estatales de volar oleoductos. Se sabe que en muchas ocasiones las poblaciones cercanas apoyan la actividad de los guerrilleros –muchos de los cuales nacieron y tienen a sus familias en dichas poblaciones–, pues ellos mismos han presenciado por años la extracción industrializada de petróleo en sus tierras

Decimos aparentemente, porque en la práctica las modificaciones hechas en el 2000 a la norma ordinaria de terrorismo no tienen ningún efecto frente a las conductas que sucedan con ocasión o en desarrollo del conflicto armado interno. Ese mismo año se incorporó al capítulo de DIH un tipo penal que sanciona los actos terroristas, el cual por especialidad deberá ser aplicado a los casos que sucedan con ocasión de la guerra. Al respecto, es importante evidenciar algunos aspectos relevantes: a) La sanción es mucho más severa tratándose de actos de terrorismo cometidos con ocasión del conflicto armado, que sin relación con él. b) La norma de DIH incorpora el elemento subjetivo, siendo necesario probar que la finalidad principal del acto cometido en medio del conflicto armado era aterrorizar a la población, lo cual vuelve inocua la modificación legislativa que pretendía facilitar la aplicación de la norma objetivizando la conducta. c) La norma de DIH no incorpora una lista de casos específicos que deban ser sancionados objetivamente. Recuérdese que en aplicación de la norma ordinaria los actos que pusieran en peligro el transporte, procesamiento o conducción de fluidos debían sancionarse como actos terroristas, así no hubieran sido perpetrados con la intención de generar terror en la población. Lo anterior implica, en la práctica, que las petroleras perdieron su *lobby*, pues la inmensa mayoría de voladuras de oleoductos suceden con ocasión del conflicto armado.

sin haber recibido una porción equitativa de las ganancias. Sin embargo, el fuerte *lobby* de las petroleras hizo que en la descripción misma del tipo penal incluido en el Código de 2000 se nombraran como terroristas los actos que “pongan en peligro el transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, lo cual, sumado al impacto que creó en la rama judicial el caso Machuca, donde murieron más de 100 personas como consecuencia de un ataque realizado en 1998 por el ELN contra un oleoducto, y sumando a la eliminación del elemento subjetivo del tipo, hacen que en adelante el resto de los múltiples ataques anuales a oleoductos se consideren actos terroristas, equiparables a la voladura de un edificio lleno de civiles. Sobre el caso Machuca se puede consultar: Procuraduría General de la Nación. (2006). *La Masacre de Machuca, autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, p. 9.



**4.
APUNTES FINALES: LA VERDAD
HISTÓRICA EN MEDIO DE LA VERDAD
JUDICIAL**

4.

APUNTES FINALES: LA VERDAD HISTÓRICA EN MEDIO DE LA VERDAD JUDICIAL

El análisis de la función judicial a partir de los deberes que tienen los jueces y fiscales de reconstruir la historia y la memoria del conflicto armado permite reflexionar sobre cómo los expedientes judiciales ayudan a pensar historias de guerra traumáticas. El ejercicio de las diferentes funciones que debe cumplir la justicia en momentos de transición de la guerra a la paz genera varios dilemas. Por eso, entre algunas otras, se podrían hacer las siguientes preguntas: ¿Qué pueden mostrar los juicios que investigan crímenes de sistema? ¿Pueden estos aportar al entendimiento del trauma y la tragedia? ¿En qué consistiría ese aporte? ¿Cuál es la relación entre las pruebas aportadas al proceso y la reconstrucción de la verdad; entre los compromisos de hacer historia y los procedimientos para producir fallos jurídicos? ¿Cuáles son, en últimas, las diferencias entre la verdad judicial y la verdad histórica? ¿Cuáles son sus semejanzas?

Teniendo en cuenta las funciones de imputación, de representación y expresivas de la justicia, el objetivo de este manual es doble. Por un lado, invita a los funcionarios judiciales a pensar históricamente mientras estén investigando crímenes de sistema. Y, por otro, invita a los investigadores sociales a pensar en los procesos donde se investigan estos crímenes desde una perspectiva más jurídica cuando utilicen los expedientes como fuentes de sus trabajos. Visto desde esta perspectiva, tanto para los funcionarios judiciales como para los investigadores sociales, el proceso judicial se convierte al mismo tiempo en un ejercicio de memoria histórica y de derecho.

En este último acápite del manual primero atenderemos algunas semejanzas y diferencias entre el papel del funcionario judicial y del historiador, a partir de las diferencias entre la verdad judicial y la histórica. Segundo, se enumerarán algunas de las

particularidades que tiene el proceso judicial y se analizará cómo estas inciden en los deberes de imputar responsabilidades a los culpables y de construir un relato histórico plausible. Tercero, se introducirán algunas hipótesis sobre la capacidad que tienen las figuras penales descritas en este manual para representarse la historia del conflicto armado en Colombia.

4.1. Diferencias y semejanzas entre el juez y el historiador¹⁹³

Tanto investigadores sociales como funcionarios judiciales contribuyen a la construcción de la verdad. Esta verdad ha sido reconocida como un derecho individual de las víctimas y el colectivo de la sociedad a saber qué sucedió y a recordar lo sucedido, en especial cuando se trata de las violaciones graves y masivas de derechos humanos e infracciones del Derecho Internacional Humanitario. El derecho a la verdad puede ser satisfecho de diversas maneras. De una parte, está la verdad judicial, esto es la verdad oficial obtenida a través de los procesos judiciales seguidos en contra de los victimarios de crímenes atroces, que puede ser declarada expresamente por el juez o inferirse del procedimiento y de la decisión judicial. De otra parte, está la verdad extrajudicial institucionalizada, que es aquella que se logra en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad, que carecen, no obstante, del carácter judicial y de las funciones que de éste pueden derivarse. Finalmente, está la verdad social no insti-

¹⁹³ Varios de los comentarios utilizados en este aparte fueron tomados de: Orozco, Iván. (2009). *Justicia transicional en tiempo del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis.

tucionalizada, que es la alcanzada a través de todas aquellas estrategias de reconstrucción de la verdad y de preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas, literatos y científicos sociales, entre otros¹⁹⁴.

A pesar de las diferencias entre los relatos producidos por estos tipos de verdad, puede decirse que las funciones de los investigadores sociales y los funcionarios judiciales se complementan y en últimas contribuyen a la construcción de la memoria histórica.

Más allá de la verdad en procesos de justicia ordinaria, en los procesos extraordinarios como el de Justicia y Paz en Colombia o en los llevados por las jurisdicciones especializadas, los funcionarios judiciales encargados de estos casos están llamados a hacer aportes muy significativos a la historia del conflicto armado, por varias razones. En primer lugar, como se estableció en la introducción de este manual y se ha dejado claro a lo largo del mismo, en la judicialización de crímenes de sistema los contextos en los que se produjeron los hechos atroces son muy importantes no sólo para la imputación de responsabilidades, sino además para dar cuenta de las causas del conflicto armado dentro del cual se cometieron los delitos. En ese sentido, en un contexto extraordinario como aquel que es propio de la justicia transicional, los jueces, para cumplir con las funciones de imputación y de representación propias de la administración de justicia en estos casos, están abocados a construir puentes con historiadores e investigadores sociales, pues así como el establecimiento de responsabilidades en crímenes de sistema requiere de la elaboración de contextos pertinentes, su trabajo también es una base sólida en las disputas por la significación social e histórica del pasado violento¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. Recuperado de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=182.

¹⁹⁵ En un informe publicado en 2012, el Centro Nacional de Memoria Histórica sostuvo a este respecto que, al menos en lo que atañe al sistema de Justicia y Paz, la verdad judicial era considerada como una base del trabajo de historiadores e investigadores sociales. En efecto, lo que fiscales y jueces establecían mediante su

La construcción y el uso de contextos sociales e históricos por parte de los operadores judiciales tienen, sin embargo, muchas complejidades. En los casos de juzgamiento de crímenes de sistema, las interpretaciones más generales sobre el sentido de lo que sucedió son cruciales para comprender las estrategias que diseñan operadores judiciales y acusados en la escena judicial. Como ha mostrado Hannah Arendt, a propósito del juicio de Adolf Eichmann en Jerusalén, y más recientemente Martii Koskeniemi, en relación con los juicios realizados en el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia, en los juicios por crímenes de sistema lo que está en juego trasciende la discusión sobre las responsabilidades individuales de quienes cometieron o permitieron que se cometieran graves violaciones a los derechos humanos o infracciones del DIH. Esto es así porque en esos juicios, más importante que la pregunta sobre quién hizo qué, a quién, cómo, cuándo y dónde, es la pregunta por el sentido general de lo que pasó, que incluye la reflexión sobre eventuales responsabilidades colectivas y sobre los mecanismos sociales que habilitaron la violencia y condujeron a su escalamiento. No se trata, sin embargo, de dos cuestiones completamente independientes, pues las interpretaciones generales sobre el sentido de lo que pasó tienen implicaciones en la discusión sobre los tipos y grados de responsabilidad de quien está siendo acusado.

Así, por ejemplo, en su análisis sobre el juicio de Eichmann en Jerusalén, Arendt, quien era sumamente escéptica sobre las capacidades de la justicia para lidiar con este tipo de crímenes, observa que la forma como se interpretó el contexto de la Alemania nazi fue central para adjudicar responsabilidades a Eichmann, quien tuvo a su cargo la coordinación de los transportes ferroviarios para la deportación

trabajo tendía por lo menos en teoría a convertirse en la verdad mínima, innegable, ajena a cualquier revisionismo historiográfico, de toda historia posterior sobre el conflicto armado interno en general, y sobre el fenómeno paramilitar en particular. La comprensión de la verdad judicial como verdad mínima y núcleo imperturbable de las verdades históricas ocultaba, sin embargo, diferencias cualitativas entre historia y justicia que luego habrían de pasar factura al funcionamiento global del sistema. Véase: Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). *Justicia y Paz, ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá.

de judíos europeos a los campos de concentración y exterminio en el Este, en el marco de la llamada “solución final”.

Al poner el énfasis en el carácter fríamente racional y burocrático del régimen, mostrando que la Alemania nazi se convirtió, tras la aprobación de la “solución final”, en una enorme máquina de exterminio contra el pueblo judío, los acusadores pusieron las bases para que Eichmann alegara razonablemente su inocencia, afirmando, como lo hizo en varios momentos del proceso, que él solo estaba cumpliendo órdenes y haciendo respetar las leyes de su país. En cualquier caso, Eichmann finalmente fue condenado a muerte por la gravedad de los hechos cometidos, pero quedaron en el ambiente dos ideas sumamente complejas. La primera, que Eichmann era en verdad un hombre insignificante y altamente obediente que tuvo la mala suerte de ser funcionario en un Estado que se había convertido en una enorme máquina de exterminio. Y la segunda, que la condena a muerte en contra suya se debía más a la incapacidad de llevar a juicio penal a una “máquina de exterminio” estatal que a sus culpas individuales¹⁹⁶. Es razonable esperar que si otros elementos del contexto hubieran sido tenidos en cuenta, como el caos administrativo permanente que fue la Alemania nazi en parte por la permanencia del Estado de Sitio y en parte también por la guerra civil que vivió Europa entonces, la interpretación y juzgamiento de las conductas de Eichmann habrían sido parcialmente distintas.

La relación entre, por un lado, contextos sociales e históricos que sirven de marco interpretativo y, por el otro, el establecimiento de responsabilidades individuales en hechos puntuales ha sido motivo de agudas disputas en el Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia.

En el juicio a Slobodan Milosevic, por ejemplo, lo que estuvo en juego no fue tanto la responsabilidad del expresidente yugoslavo en los hechos, pues esta era innegable desde el inicio, sino el sentido de esos hechos. En el juicio, Milosevic explicó con buenas

196 Arendt, Hannah. (2013). *Eichmann en Jerusalén*. Bogotá: Random House Mondadori.

razones que las guerras yugoslavas se debieron fundamentalmente al reparto arbitrario que hicieron de la región algunas potencias extranjeras desde la Segunda Guerra Mundial, con el fin de promover sus intereses económicos y geopolíticos. Por esta vía, el expresidente impugnaba la legitimidad del Tribunal que, mientras lo acusaba, callaba sobre las responsabilidades de quienes crearon las condiciones de la violencia por la que él era juzgado. El Tribunal, contrariando la versión de Milosevic, privilegió en su interpretación, también con buenas razones y material probatorio, los elementos étnicos y claramente discriminatorios de la violencia ejercida por el gobierno serbio en contra principalmente del pueblo croata. De este modo, el Tribunal optó por una versión de la historia completamente distinta a la que expuso Milosevic, aun cuando una y otra constituían caminos en los que la responsabilidad del exmandatario era incuestionable. En su análisis del juicio, Koskeniemi muestra que cuando se trata de crímenes complejos y sistemáticos a veces la responsabilidad individual no es el centro de la disputa procesal, sino que cada una de las partes, haciendo uso de los recursos jurídicos y contextuales a la mano, promueve interpretaciones diferentes y a veces abiertamente opuestas de lo que sucedió y su sentido¹⁹⁷.

Conscientes de estas dificultades y de que muchas de ellas tienen un carácter jurídico-político y no sólo normativo, es necesario señalar que los procedimientos y los objetivos de jueces e historiadores tienen innegables relaciones, pero también marcadas diferencias. Así, aunque un investigador social tiene derecho a distinguir un problema allí donde un juez decidiría un ‘no ha lugar’, esta diferencia entre ambos presupone un elemento común: la importancia de la prueba. Al menos a primera vista, el oficio de unos y de otros se basa en la posibilidad de probar, según determinadas reglas, que *x* ha hecho *y*: donde *x* puede designar tanto al protagonista, aunque sea anónimo, de un acontecimiento histórico, como al sujeto de un procedimiento penal; e *y*, una acción cualquiera¹⁹⁸.

197 Koskeniemi, Martii. (2011). Between impunity and show trials. En *The Politics of International Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, cap. 7, 171-197.

198 Sobre las semejanzas y diferencias entre las funciones del juez y del historiador ver: Ginzburg, Carlo. (1991). *El juez y el*

Tanto el juez como el historiador aspiran a situarse en una posición que les permita reivindicar el carácter objetivo de sus afirmaciones, bien sea constituyéndose como “tercero imparcial” en el caso de los jueces, o por la rigurosidad en la contrastación de fuentes y el cuidado erudito en la construcción de analogías, en el caso del historiador. Ambos se sirven de testimonios y pruebas técnicas para llegar a sus conclusiones. Ambos deben contrastar exhaustivamente las pruebas, de manera que el relato contado se construya a partir de hechos verificables.

No obstante las anteriores similitudes, en el análisis de esas pruebas y en la finalidad de sus investigaciones, historiadores y funcionarios judiciales se diferencian claramente. Mientras los segundos se ocupan de los hechos en su singularidad, los primeros están más abiertos a las comparaciones. Incluso cuando el historiador reivindica para su trabajo el dominio de lo singular, se trata de una singularidad distinta de la que tiene en mente el operador judicial. Para estos últimos, en efecto, se trata fundamentalmente de establecer el lugar, tiempo y circunstancias exactas de los hechos con el fin de imputar responsabilidades materiales e intelectuales, mientras que para los historiadores cada singularidad es más bien un acontecimiento que se destaca mediante el juego de las comparaciones y las analogías en el contexto problemático del relato histórico¹⁹⁹.

Por otro lado, mientras las sentencias de los jueces son definitivas, los juicios históricos son provisionales. Todo trabajo histórico nace de un problema de investigación formulado por el historiador en diálogo con la comunidad científica a la que pertenece y en desarrollo, por lo general, de apuestas políticas particulares. De ahí que se diga que el trabajo del historiador enfrenta dos tipos de limitaciones básicas. Por un lado, están las relacionadas con la disponibilidad de fuentes para su problema de investigación. Eso implica que en campos poco explorados por la

historiador. España: Anaya y Mario Muchnik, p. 23.

199 Véase, por ejemplo: Veyne, Paul. (1984) *¿Cómo se escribe la historia?* Madrid: Alianza Editorial, Parte I. “El objeto de la historia”, p. 11-64. Una concepción similar aunque con compromisos filosóficos de otro tipo se encuentra en la trilogía de Paul Ricoeur titulada *Tiempo y narración*.

comunidad científica habrá con seguridad mucho qué decir, pero muy poco material para hacerlo. Por otro lado, están aquellas limitaciones relacionadas con su propio punto de vista, que pertenece a una época y a una situación particulares, y que se expresa en un conjunto preciso de preocupaciones que otro investigador podría considerar irrelevantes. Todo historiador es consciente de las limitaciones de sus fuentes tanto como de las limitaciones de su mirada y, por lo tanto, lo que ofrece en sus juicios son afirmaciones provisionales tan bien documentadas como sea posible, aportes eruditos y situados a la comprensión de la relación entre el presente y el pasado. La rigurosidad histórica no conduce, pues, a juicios categóricos, sin que ello implique renunciar a la capacidad que tiene la historia de construir verdades contrastables. Las sentencias de los jueces, y en particular de aquellos que deciden en última instancia, son, en cambio, definitivas, incluso si se demostrara posteriormente que el juez de última instancia equivocó su análisis y tomó una decisión injusta (por la fuerza de la cosa juzgada).

Adicionalmente, historiadores y jueces suelen hacer un uso diverso de las pruebas, pero sobre todo de las contextuales e indiciarias. Mientras lo propio del juez es que use los contextos para descubrir en ellos circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad individual, lo propio del historiador es, en cambio, que se sirva de ellos para hacer conjeturas probables sobre el comportamiento de los individuos. Así, mientras el juez suele ignorar los detalles contextuales que contradicen o que no son particularmente relevantes en la investigación, el historiador suele entenderlos como elementos que desplazan el problema de investigación, enriqueciéndolo y complejizándolo.

Una última diferencia importante es que la verdad judicial se establece a partir de fuentes coactivas, derivadas de la potestad del Estado. En cambio, la verdad histórica se establece a partir de fuentes de acceso general, verbales, escritas o electrónicas. Incluso cuando se usan fuentes similares, como los testimonios, por ejemplo, la naturaleza de la fuente es distinta. En efecto, que el testimonio de un victario haga parte de la confesión de hechos es muy

diferente a que corresponda a la entrevista de un investigador social, pues mientras en las indagatorias se deben tener en cuenta aspectos como las negociaciones de penas o el derecho a la no incriminación del acusado, en las entrevistas hay que considerar más bien la confianza generada con el entrevistador y la calidad de las preguntas.

De todas estas diferencias se desprende que mientras los hechos jurídicos se derivan directamente de la decisión de un tribunal, los hechos históricos se inscriben en un discurso científico determinado y en gran medida dependen del planteamiento de un problema de investigación. Los primeros continúan siendo válidos aun si la realidad es diferente y aun si la investigación histórica difiere del tribunal en el modo de ver las cosas. Los segundos, en cambio, reflejan el estatus del discurso científico en determinado momento y pueden ser cuestionados y modificados de acuerdo con los hallazgos encontrados o según las reinterpretaciones historiográficas²⁰⁰.

No obstante las diferencias entre las funciones del juez y del historiador, ambos contribuyen a la construcción de la verdad. Los jueces que tienen a su cargo la judicialización de crímenes de sistema en momentos de transición de la guerra a la paz deben tener en cuenta que su labor, más que la de los jueces de justicia ordinaria, debe construir estrechas relaciones con la de los historiadores. Los modelos de imputación y tipos penales estudiados en este manual requieren, para su uso adecuado, de una comprensión más compleja de lo que implica construir contextos para probar responsabilidades, es decir, de qué es lo que se debe tener en cuenta para establecer responsabilidades en crímenes producidos a través de complejas organizaciones y cuáles son los elementos en los que se debe concentrar el análisis para producir argumentos sólidos judicialmente en estos casos, dependiendo de las soluciones normativas adoptadas. La complejización del contexto acerca a los jueces al dominio de la historia y, además, muestra claramente que en situaciones extraordi-

narias y ante crímenes extraordinarios, como son los de sistema, la justicia no sólo imputa, sino que también hace apuestas de peso en términos representacionales. A continuación resumiremos algunas particularidades del derecho que inciden en la manera como los jueces procuran conciliar y cumplir con las funciones de imputación y de representación de la justicia, entendidas en el marco más general y complejo de las relaciones entre justicia e historia.

4.2. Tensiones entre la justicia de imputación y la justicia de representación

Tradicionalmente se ha pensado que los procesos judiciales deben ser espacios libres de consideraciones políticas, donde la arbitrariedad del juez sea lo más limitada posible. Sin embargo, los procesos judiciales sobre crímenes de sistema son políticos. No es que no sean jurídicos en el sentido de no tener una solución normativa, ni porque sean producto sesgado de la injerencia de poderes políticos, sino principalmente porque los conceptos sobre lo político siempre están en disputa. Por ejemplo, en el centro de los procesos judiciales sobre crímenes de sistema siempre está la opción entre irse por un universalismo rampante, posiblemente iliberal, o un contextualismo excesivo poco protector de los derechos humanos de las víctimas de las violaciones cometidas. También está la opción de irse por caminos intermedios en los que se trate de ser lo más comprensivo posible de los contextos y las memorias de víctimas y victimarios. Todas esas decisiones tienen, por supuesto, fundamentos normativos, pero cada una de ellas es también una apuesta política, a la vez ideológica y estratégica, en la que el juez no permanece neutral.

Así como en estos contextos los jueces hacen apuestas jurídico-políticas más o menos explícitas cada vez que optan por un orden normativo, un tipo penal o

una fórmula de imputación, ese mismo trabajo judicial abre y condiciona la posibilidad de nuevas apuestas políticas por la interpretación de lo sucedido, tanto en el campo de la escritura de la historia, como en aquel más general de la construcción de la memoria colectiva e individual. Esto podemos verlo en dos perspectivas, una empírica y otra interpretativa.

Desde un punto de vista empírico, los tipos penales y modelos de imputación utilizados en una fiscalía o en un juzgado inciden en las pruebas que deben y pueden ser tenidas en cuenta en un proceso judicial. Esas pruebas aportadas al proceso hacen parte de las fuentes primarias utilizadas por los investigadores sociales para reconstruir los hechos y memorias alrededor de un caso de violación al derecho de los derechos humanos o infracción del DIH. Pero además del valor que los expedientes judiciales tienen en la reconstrucción de los hechos, es claro que, desde un punto de vista interpretativo, dependiendo de qué tipos penales y qué modelos de imputación se escojan para asignar las responsabilidades penales individuales, los expedientes también son útiles para esclarecer verdades de interpretación y determinar responsabilidades políticas colectivas que contribuyan en la consolidación de los procesos de justicia representacional.

Aunque la legislación procesal penal reconoce las limitaciones del testimonio como prueba única en un proceso judicial, éste medio probatorio cumple un papel fundamental en la decisión de los jueces y fiscales en la mayoría de procesos penales en Colombia. Los expedientes están llenos de testimonios de víctimas y victimarios, testigos directos o de oídas de los hechos atroces. Estos testimonios son cruciales para los funcionarios judiciales y para los investigadores que tengan la labor de reconstruir la memoria histórica de una sociedad en conflicto. Aquí, no obstante, la labor de unos y otros se diferencia. Mientras los jueces tendrían la obligación de establecer cuál es la verdad judicial a partir del análisis de estos testimonios, los investigadores pueden utilizar los testimonios como una de las fuentes para establecer la verdad histórica, pero además como una fuente importante para establecer las memorias alrededor de los hechos y del conflicto armado como un todo.

En este sentido, la jurisprudencia y demás actividades a cargo de los jueces y de los fiscales que trabajan en procesos donde se intenta develar la verdad judicial de crímenes sistemáticos contribuyen a la reconstrucción de la memoria histórica no sólo en términos de los hechos, sino también de los procesos históricos y memorias alrededor de estos hechos. Los pronunciamientos de los jueces y fiscales que pretenden imputar responsabilidades penales individuales a los diferentes actores de actos violentos se convierten en productos de las funciones de imputación de la justicia y de las funciones representacionales y expresivas de esta. Vistos de esta manera, los fiscales y los jueces son los primeros que tienen la labor de hacer justicia representacional. Ellos valoran las pruebas, oyen a las víctimas y a los victimarios para decidir qué interpretaciones de los hechos y de los procesos históricos favorecer sobre otras. Los investigadores sociales, los miembros de comisiones de verdad o de grupos de memoria histórica deben ser conscientes de esta doble o triple función de los jueces y fiscales que hacen parte de procesos de justicia transicional, para aprovechar al máximo el valor de las fuentes judiciales. También los fiscales y jueces deberán ser conscientes de esta triple función que cumple su trabajo en procesos de transición para contribuir de la manera más adecuada posible a los procesos de construcción de verdad y memoria histórica.

Las discusiones jurídicas sobre qué modelos de imputación y qué tipos penales son más útiles para afrontar diversas situaciones de macro-criminalidad son contribuciones importantes al proceso de reconstrucción de la memoria histórica. Los modelos de imputación y tipos penales que hemos presentado en este texto corresponden a las figuras del derecho penal más relevantes para enfrentar el fenómeno de la macro-criminalidad. Las definiciones, los requisitos probatorios y los argumentos a favor y en contra de cada una de ellas inciden de una manera distinta en las funciones de representación, de imputación y expresivas de la justicia. Con respecto a las primeras, cada figura puede contribuir a la construcción de la verdad y la memoria histórica en situaciones particulares y con grados de mayor o menor efectividad. No es lo mismo revisar un expe-

200 Brunkhorst, Hauke. Verdad jurídica e histórica: la relación de la democracia a violaciones masivas de los derechos humanos, p.182.

diente que utiliza los modelos de imputación clásicos para imputar la autoría y la participación en crímenes ocurridos en momentos de normalidad, que en principio no tendría por qué tener en cuenta la jerarquía de poder dentro de una organización criminal, que utilizar una figura como la de responsabilidad del superior, que se enfoca en las estructuras de mando y las maneras cómo las órdenes y el control ocurren en una situación de guerra particular. Las pruebas requeridas son diferentes y en esa medida las fuentes con las que cuentan los funcionarios judiciales y los investigadores sociales son más ricas acerca de la información sobre las jerarquías de una institución en el segundo que en el primer caso.

Dentro de los modelos de imputación y tipos penales escogidos en este texto, todos, en principio, sirven para enfrentar el fenómeno de la macro-criminalidad. Sin embargo, dependiendo de los requisitos probatorios para su aplicación, dan cuenta de diferentes elementos constitutivos de los crímenes de sistema. Ciertas figuras, normativamente hablando, son de textura más abierta que otras. Sus requisitos probatorios no son lo suficientemente específicos o detallados, por lo que es posible utilizarlas para dar cuenta de todo tipo de guerras. Este sería, por ejemplo, el caso de figuras como la empresa criminal conjunta, que serviría tanto para dar cuenta de la acción de ejércitos jerarquizados como de la acción de aparatos criminales horizontales que funcionen en red. Mientras tanto, otras figuras son de textura más cerrada. Estas suponen para su aplicación requisitos probatorios más exhaustivos que permiten caracterizar de manera detallada las organizaciones de poder que pretendían castigar cuando fueron creadas. Este es el caso de modelos de imputación como la autoría mediata a través de aparato organizado de poder o los tipos penales de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, que son especialmente rigurosos para representarse organizaciones verticales con jerarquías y estructuras de mando claras.

Esta comparación entre figuras remite a la discusión sobre el universalismo y el contextualismo en el análisis histórico de las decisiones judiciales. ¿Por qué un modelo de imputación o un tipo penal es más

representativo de nuevas o viejas guerras?²⁰¹ ¿En qué medida se le puede exigir a un funcionario judicial que aplique figuras que no están en su horizonte de posibilidades, incluso cuando estas son más respetuosas del Derecho de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario? En últimas, ¿qué figuras son más representativas de un conflicto armado, las que son más nuevas en el tiempo y han pasado por la “deliberación jurídica” y, por lo tanto, se supone que han superado los límites de figuras más antiguas, o las figuras que estaban vigentes en el momento en que ocurrieron los hechos y que son más respetuosas de los contextos para las que fueron creadas?

En particular existen tensiones entre el derecho en su función de hacer justicia de representación (o de contribuir a la construcción de verdades históricas) y el derecho en su función de hacer justicia de imputación (o de probar verdades judiciales). Estas tensiones son motivo de reflexión recurrente en los juicios sobre crímenes de sistema. Veamos a continuación algunas.

En primer lugar, la función judicial de imputación con su compromiso al precedente y su necesidad de fallar de acuerdo con reglas procedimentales y utili-

201 La distinción entre nuevas y viejas guerras es debida en lo fundamental a Mary Kaldor. Álvaro Camacho resume en los siguientes términos la distinción kaldoriana: “una de las más importantes contribuciones ha sido el influyente libro de Mary Kaldor, para quien en el contexto de la globalización lo que se considera guerra, es decir, aquellas confrontaciones armadas entre estados en las que el propósito es infligir la máxima violencia, ha devenido un anacronismo. Hoy día esas confrontaciones son mezclas de guerras, delito organizado y violaciones masivas de los derechos humanos. La naturaleza de esas confrontaciones se ve complicada por el desarrollo paralelo de una economía criminal informal que tiñe los objetivos de la contienda. En el centro de la dinámica están las tensiones a que se ven sometidos los estados de las sociedades en guerra: cuestionada su autoridad a partir de su inserción en un mundo globalizado, y retada por las fuerzas que internamente lo cuestionan. En síntesis, las guerras contemporáneas y posmodernas “surgen en situaciones en las que los ingresos del Estado disminuyen por el declive de la economía y la expansión del delito, la corrupción y la ineficacia; la violencia está cada vez más privatizada, como consecuencia del creciente crimen organizado y la aparición de grupos paramilitares, mientras la legitimidad política va desapareciendo”. Camacho, Álvaro. (Mayo-agosto de 2002). Credo necesidad y codicia: los alimentos de la guerra. En *Análisis Político*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, No. 46, p. 138.

zando un lenguaje técnico puede hacer que las atrocidades parezcan trivialidades. Puede ridiculizar el horror. Piénsese en las palabras que se les asignan a las víctimas o a los victimarios mismos dentro de un proceso judicial. ¿Qué quiere decir, en términos identitarios, llamar “postulado” a los miembros de las autodefensas en justicia y paz o “no combatientes” a las víctimas de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario? Cuando Primo Levi, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, se encontró con un abogado sintió cómo este no había entendido nada del horror que acababa de vivir. En vez de reconocer que él había estado en un campo de concentración simplemente por ser judío, lo llamó prisionero político italiano²⁰².

Segundo, dentro de la función de imputación de la justicia, el principio de legalidad puede verse amenazado cuando existe la necesidad central de hacer historia en los juicios de crímenes de sistema. Por ejemplo, ¿qué implicaría hablar de genocidio para imputar responsabilidades en la investigación de hechos que ocurrieron cuando este tipo penal todavía no hacía parte del orden jurídico? Esto, aunque podría ser muy útil en términos de representarse cuáles eran las particularidades de las víctimas del horror, podría ser muy criticado en términos del derecho al debido proceso.

Tercero, en el deber de hacer historia puede ser que los jueces se vean en la necesidad de construir o consolidar una versión ideológica de la historia que el Estado mismo quiere que sea la que se enseñe. Los funcionarios judiciales, quizás más que los historiadores, en tanto son también funcionarios públicos, necesariamente manejarían historias oficiales, que en ocasiones tenderían a ocultar historias disidentes.

Cuarto, las ilusiones mismas de hacer historia cuando en verdad se está respondiendo a una versión predeterminada de esta y la pretensión de la legalidad de ser neutral pueden ser amenazadas por ver-

siones antagónicas e historias no oficiales que se introducen en el mismo procedimiento de los juicios. Aunque los funcionarios judiciales, como agentes del Estado, estén vinculados a una historia particular de los hechos, en el recaudo de la evidencia, si pretenden algún tipo de neutralidad, se enfrentarían a la necesidad de comparar historias, pero sobre todo memorias antagónicas.

Quinto, la relocalización que requieren los juicios puede distorsionar la historia misma. En ocasiones, por razones de seguridad y para prevenir la obstrucción de la justicia, hay que mover los juicios muy lejos del lugar donde ocurrieron los hechos. Esto puede redundar en el tipo de testigos a los que se pueda interrogar y en el tipo de evidencias que se puedan recabar.

Finalmente, se podría mencionar el factor tiempo en los juicios sobre crímenes de sistema. Mientras que la función de representación de la justicia, en tanto se concentre en la construcción de la verdad histórica, podría dilatarse en el tiempo y revisarse, lo que en últimas podría incidir en una historia más comprensiva de la realidad, la función de imputación de la justicia es muy difícil de revisar y por lo general se realiza en tiempos más cortos.



Juicio a Salvatore Mancuso. Fotografía: Héctor Fabio Zamora / archivo El Tiempo ©

202 Levi, Primo. *The Truce*. Citado por: Finkelkraut, Alain. (1992). *Remembering in vain*. Nueva York: Columbia University Press, p. 15-16.

4.3. Algunas reflexiones finales sobre la profundidad histórica de las figuras penales

A continuación daremos cuenta de las implicaciones que las definiciones, los elementos probatorios y los argumentos a favor y en contra de cada figura tienen frente a las funciones representacionales de la justicia y, por lo tanto, en qué medida contribuyen a la construcción de la verdad y la memoria histórica. Mostraremos desde una perspectiva normativa (del “deber ser”) si las figuras descritas en este manual son utilizadas de acuerdo con los requisitos probatorios dispuestos por la ley, podrían contribuir a la construcción de la verdad y la memoria históricas de una sociedad en un proceso de transición como el colombiano. Por eso, salvo algunas excepciones, en estos apuntes finales no se encontrarán consideraciones sobre la forma como efectivamente los fiscales y jueces han utilizado o utilizarían las figuras.

Primero nos referiremos a la responsabilidad de superior y a la autoría mediata por aparatos organizados de poder como modelos de imputación que, en tanto son figuras menos abstractas con respecto a la consagración de determinados elementos probatorios, permiten dar cuenta de conflictos armados en donde las organizaciones criminales son de estructura principalmente jerárquica.

En segunda medida nos referiremos a los tipos penales internacionales de crímenes de lesa humanidad, infracciones del Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra. Estos tipos penales consagran dentro de sus elementos probatorios consideraciones como qué se entiende por conflicto armado o por política sistemática o generalizada y también pueden ser muy representativos de contextos de guerra con organizaciones jerárquicas. Seguidamente consideraremos el genocidio y el terrorismo como tipos penales de derecho interna-

cional que, dependiendo de ciertas circunstancias, pueden también dar cuenta de este tipo de contextos de guerra, pero que por sus elementos probatorios en ocasiones pueden ser utilizados como figuras muy individualistas que no darían razón de un conflicto armado donde los actores son organizaciones de muchas personas.

En tercera medida analizaremos modelos de imputación y tipos penales como el delito político, el concierto para delinquir, la coautoría, la conspiración y la empresa criminal conjunta, que contienen como elemento probatorio el acuerdo entre actores para cometer acciones criminales y discutiremos en qué grado estas figuras son más o menos representativas de contextos de guerra. Finalmente, mencionaremos por qué el modelo de imputación propuesto por el Estatuto de Roma es una síntesis cuyo objetivo fue la superación de los problemas de modelos de imputación anteriores que no se representaban de la mejor manera los crímenes de sistema, pero que no obstante fue pensado para resolver las funciones de imputación de la justicia descuidando las funciones de representación.

La figura de la responsabilidad del superior como modelo de imputación necesariamente da cuenta del contexto en el que se produjo la omisión del superior. La prueba de ciertos elementos contextuales para la configuración de la imputación es imprescindible. En esta medida, un juez que utilice este modelo de imputación tendría que dar cuenta, por lo menos, de las particularidades de la organización jerárquica en la que está inscrito el acusado para poder probar la relación de subordinación y el vínculo causal entre la omisión del superior y los delitos cometidos por sus subordinados. No obstante, dependiendo de las exigencias dispuestas por la legislación (en caso de que se creara una) o del mismo precedente de jueces locales y nacionales para probar el control efectivo, esta figura podría ser considerada más o menos útil para dar cuenta del contexto. En caso que la prueba del control efectivo requiera una norma u orden expresa de funciones para probar la relación de subordinación, entonces la prueba recaudada sólo se referirá a estos requisitos formales. Si, por el contrario, el

control efectivo también se refiere a la posibilidad real de haber sabido y podido prevenir los delitos, entonces dentro del relato probatorio se tendrán en cuenta las situaciones locales que puedan probar que el control se dio efectivamente.

Como modelo de imputación que surgió en el contexto de las guerras en donde las organizaciones jerárquicas y militares eran los principales actores bélicos, la responsabilidad del superior no puede viajar en el tiempo tan fácilmente. Por ejemplo, la responsabilidad del superior no da cuenta de relaciones de horizontalidad, propias de grupos armados que funcionan en red. Esta figura no es lo suficientemente abstracta para ser aplicable a cualquier situación de guerra. Las nuevas guerras, donde las decisiones son tomadas mediante acuerdos entre varias personas que funcionan horizontalmente en diferentes lugares del mundo, incluso, no pueden ser representadas adecuadamente por un modelo como el de la responsabilidad del superior. Sin embargo, esta figura es muy útil para representar las guerras que se desarrollan bajo el modelo jerárquico-militar, en la medida en que su mismo diseño como modelo de imputación le impone características propias de este contexto particular. Esta es una figura más respetuosa del principio de legalidad y de una historia consciente de las opciones disponibles para los actores en su propio tiempo.

Sin embargo, la responsabilidad del superior es una figura que supone la posibilidad de la existencia y cumplimiento de órdenes específicas dentro de una organización criminal o legal que ha cometido crímenes. En este sentido, las pruebas que se recaudarían e interesarían a los procesos judiciales podrían dar cuenta de la relación entre mandos medios y subalternos, pero no podrían llegar a dar cuenta de la acción u omisión de las grandes cúpulas. Las directrices generales que se supone son las que emiten los mandos superiores no son determinantes para la prueba en una figura como la responsabilidad del superior. Por esto, en términos representacionales, la responsabilidad del superior se limita a los contextos de guerra en donde se puede probar una relación de mando cercana.

Contrario a la responsabilidad del superior, la autoría mediata a través de aparato organizado de poder sí tiene en cuenta dentro de sus elementos probatorios la directriz general emitida por las cúpulas. Este modelo de imputación supone que las cúpulas de organizaciones criminales no imparten órdenes específicas y directas sobre los crímenes cometidos por sus subalternos, sino que más bien lo que hacen es dar una directriz general que algún instrumento fungible de la organización pueda cumplir para declarar la autoría tanto del mediato como del inmediato sobre el delito concreto cometido.

Esta es una figura que en sí misma tiene en cuenta un determinado contexto y no puede ser extrapolada a cualquier tipo de guerra. Requiere de la prueba de estructuras de poder jerarquizadas y organizadas. Al visibilizar la estructura de las organizaciones delictivas estructuradas verticalmente, la autoría mediata a través de aparato organizado de poder es útil para darle profundidad histórica a los crímenes perpetrados por los distintos grupos al margen de la ley. La capacidad de penetración temporal de los tipos penales se amplía en la medida en que el operador jurídico debe demostrar que se trata de una organización que tiene una cantidad considerable de personas a su servicio (o de lo contrario no es posible garantizar la fungibilidad del autor inmediato), por lo cual necesariamente ha operado durante un tiempo determinado y es imposible haber puesto la estructura en funcionamiento de un día para otro.

Esta exigencia probatoria, propia de un modelo de imputación como la autoría mediata a través de aparato organizado de poder, parecería muy adecuada para representar lo que pasa en organizaciones criminales verticales, jerarquizadas, donde se reconoce que quien esté más arriba en el mando tendrá más responsabilidad en los hechos delictivos. El pez gordo es realmente el que mayor reproche social merece.

Esta directriz general exigida en la aplicación de una figura como la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es muy parecida a la política que sirve para determinar el carácter siste-

mático o generalizado en los crímenes de lesa humanidad. Esta última figura, aunque no es un modelo de imputación -por lo que la pregunta a la que responde el operador judicial cuando la aplica es ¿qué se castiga? y no ¿a quién se castiga?-, contiene dentro de sus elementos probatorios exigencias que determinan también a quién se puede castigar por las conductas reprochables. En esta medida el análisis hecho por los jueces y fiscales sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad tiene en cuenta el contexto y los procesos históricos dentro de los cuales se desarrollaron los diferentes delitos. Es un tipo penal pensado para imputar responsabilidades sobre crímenes cometidos de manera sistemática y generalizada que se enmarcan dentro de una política compartida por una organización. La importancia de la prueba de esta política determina que no sólo se tenga que dar cuenta de los autores inmediatos, sino también de los mediatos, es decir, podría pensarse que no sólo de los mandos medios, sino incluso de los encargados de diseñar la política criminal. Aunque como tipo penal funciona para adjudicar responsabilidades penales individuales, y a pesar de no ser un tipo plurisubjetivo, en tanto que dentro de sus elementos probatorios se exige la existencia de una política sistemática de violación de derechos humanos, para decidir adecuadamente los operadores judiciales deberían tener en cuenta a los demás actores que comparten o por los menos conocen de las intenciones discriminatorias de los ataques.

De la mano de los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra pensados como infracciones del Derecho Internacional Humanitario también son tipos penales que, aunque son mono-subjetivos, dentro de sus elementos probatorios tienen en cuenta el contexto en el que se cometieron los crímenes para imputar las responsabilidades individuales. En este sentido, los elementos probatorios que hemos denominado como contextuales del tipo obligarían a los operadores judiciales a considerar las características de las organizaciones criminales y del conflicto armado como un todo, dando la posibilidad de establecer relaciones de mando y diferentes formas de victimización dentro del conflicto.

Como categoría representacional las infracciones del DIH permiten concebir la guerra no sólo como una batalla militar, sino como una que tiene objetivos políticos, por lo que el conflicto armado es visto como una situación compleja en la que es imperativo encontrar sentido a la violencia. Dentro de esta posibilidad de encontrar sentido a la violencia, las infracciones del DIH permiten que las víctimas tengan un papel protagónico. Esto, en términos de creación de memoria, resulta importante para darles voz a las víctimas, muchas veces calladas por la barbarie de la violencia.

Además, puesto que, al igual que con los crímenes de lesa humanidad, las infracciones del DIH son tipos penales que deben ser aplicados de la mano de modelos de imputación, se podría pensar que la forma más adecuada de aplicar estos crímenes sería utilizando modelos de imputación respetuosos de los requisitos probatorios contextuales de estas figuras. Por lo cual, la descripción hecha por los jueces y fiscales sobre los crímenes cometidos sería muy útil en términos representacionales. Por ejemplo, para el caso de las infracciones del DIH las decisiones sobre cuáles responsabilidades imputar serían comprensivas de la situación de guerra, entendiendo que para demostrar que existe un conflicto armado (requisito para que las normas sobre DIH sean aplicables) se debe probar que los grupos armados en conflicto son organizados, con un mando responsable, tengan control sobre una parte del territorio, realicen operaciones militares de carácter sostenido y concertado, y tengan la capacidad de aplicar las normas sobre DIH vigentes.

Contrario a figuras como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, otros delitos que han sido introducidos en Colombia vía el Derecho Internacional como el genocidio y el terrorismo, no necesariamente son categorías que en términos representacionales sean respetuosas del contexto histórico en el que se cometieron las conductas delictivas.

Por un lado, el genocidio es un tipo penal cuyos elementos subjetivos y las exigencias de culpabilidad sobre el acusado se deben probar según estándares probatorios muy altos. La intención particular del

autor de genocidio es muy importante para decidir sobre la responsabilidad penal individual. Esto podría llegar a invisibilizar el contexto en el cual se cometieron los crímenes genocidas, pues podría redundar en la excesiva individualización de la responsabilidad sobre el crimen²⁰³. No obstante, la discusión alrededor del genocidio reconoce de manera privilegiada los motivos discriminatorios dentro del conflicto. En este orden de ideas, coopera con la reconstrucción de la verdad histórica en la medida en que reconoce las intenciones discriminatorias que pueden tener los actores dentro de un conflicto armado. Toda vez que los actos genocidas se cometan en contextos de guerra donde las organizaciones criminales sean los entes por medio de los cuales se lleven a cabo las intenciones discriminatorias se podría pensar que el mismo contexto obligaría a los jueces y fiscales a dar razón de las condiciones particulares en las que se realizaron los actos genocidas. El ejemplo paradigmático de esta posibilidad fue el Tribunal Penal *ad hoc* para Ruanda, en el que los jueces hicieron un recuento histórico del conflicto armado, dando cuenta del conflicto étnico dentro del territorio.

Por su parte, el terrorismo es un tipo penal que pretende la sanción de actos particulares en los que se busque aterrorizar a la población. En la medida en que el análisis de estos actos *per se* no pretende la reconstrucción de los contextos y procesos históricos en los que ocurrieron dichas conductas, este tipo penal es poco útil para la reconstrucción de verdades factuales y de interpretación. Sin embargo, en tanto que el delito se cometa dentro de un conflicto armado, este tipo penal tiene las mismas implicaciones que el DIH en cuanto a su profundidad histórica, puesto que el contexto del conflicto y las características de los aparatos organizados de poder se vuelven relevantes.

Hasta el momento hemos analizado los tipos penales mono-subjetivos que debido a sus requisitos probatorios pueden dar cuenta de una pluralidad

de actores y del contexto del conflicto, por lo que tienen en sí mismos capacidad de profundidad histórica. Dentro de las figuras analizadas en este manual existen también delitos que son pluri-subjetivos, es decir, que son cometidos por varias personas. Estos, al igual que ciertos modelos de imputación considerados en este manual, privilegian el acuerdo en las organizaciones criminales como elementos probatorios para su aplicación. Contrario a figuras como responsabilidad del superior, autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o, incluso, crímenes de lesa humanidad donde se privilegia la prueba de una directriz general o de una política, las figuras que tienen en cuenta el acuerdo entre individuos servirían para dar cuenta de organizaciones horizontales donde hay una especie de coordinación entre iguales, mientras que las analizadas anteriormente ayudarían a contar la historia de organizaciones más verticales con cierta estructura de mando.

Por una parte, los delitos políticos (rebelión y sedición) y el concierto para delinquir son figuras que en sí mismas suponen la prueba de un acuerdo para participar en una organización criminal. En esta medida, a pesar de la diferencia que tienen frente a las intenciones de participar en el acuerdo, suponen que existe una voluntad probada para hacer parte de un proyecto particular. La rebelión y en general los llamados delitos políticos corresponden a un tipo penal pensado para un modelo de guerra particular. En este sentido, este delito contiene en sí mismo características contextuales que hacen referencia a un tipo de delincuente. Esta figura se refiere al delincuente que tiene fines altruistas, a las que podríamos denominar organizaciones contra sistémicas²⁰⁴. En este sentido para probar la imputación del delito se debe dar cuenta de las condiciones de guerra, de las razones para la guerra y de los aparatos de la guerra.

204 Vale la pena aclarar que teniendo en cuenta que las perspectivas en la sociedad colombiana frente a los grupos contra sistémicos (guerrilleros) en los últimos 55 años de guerra puede haber cambiado la posición de los jueces frente a la relación inmediata entre delito político y delinquentes contra estatales. Se intuye que sobretodo en juzgados municipales y de circuito se empieza a decidir que la condición de actor contra estatal no necesariamente conlleva a la declaración de delincuente político.

203 Se entiende que la exigencia probatoria sobre la intención individual del autor en el genocidio es importante por las implicaciones punitivas, pero además representacionales que tendrían decidir que alguien es un genocida.

El concierto para delinquir, en la medida en que supone la prueba de un acuerdo sobre delitos indeterminados, no arroja suficiente información sobre el contexto histórico, pues no hay necesidad de verificar específicamente el tipo de delitos a los que los miembros se comprometieron, ni la posición ideológica de los mismos. En este sentido, entendiendo que este tipo penal es utilizado para dar cuenta de acuerdos para delinquir dentro del conflicto armado colombiano, aunque supone la coordinación entre actores, sus elementos probatorios en sí mismos no exigen que se dé cuenta del contexto histórico. No obstante, puesto que es un tipo penal lo suficientemente abstracto, es decir que, por ejemplo, no requiere del plan de delitos particulares, podría pensarse que los fiscales y jueces pueden decidir a su arbitrio qué tanta profundidad histórica les dan a sus fallos donde se discuta la imputación de este delito. Tal parece ser el caso del concierto para delinquir agravado con fines de paramilitarismo, tan frecuente en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, los modelos de imputación como la coautoría y la empresa criminal conjunta, considerando además que el diseño de esta respondió a una reconstrucción de la conspiración anglosajona, son figuras que -como los delitos penales recogidos anteriormente- ponen en el centro de la discusión probatoria el acuerdo. Como ya hemos dicho, esto les permite dar cuenta de la actividad de organizaciones criminales donde la coordinación entre actores con igual cuota de poder pueda ser rastreada dentro de los mismos procesos judiciales.

Dentro de estas figuras, aunque la coautoría sanciona la ejecución de un delito determinado mediante la división necesaria del trabajo entre sus miembros, no es útil para determinar el origen de un plan delictivo vigente por tiempo indeterminado con base en el cual se pueda reconstruir la historia de toda una organización criminal, ni tampoco es útil para visibilizar la estructura de las organizaciones delictivas, siendo en ese sentido casi nula su capacidad de penetración temporal y por tanto de otorgarle profundidad histórica a los delitos imputados. En este sentido, es una figura que en princi-

pio estaría pensada para organizaciones delictivas pequeñas, acuerdos determinados y, por tanto, estructuras horizontales muy bien organizadas, donde la organización del trabajo criminal es conocida por todos sus integrantes. No sería entonces muy útil para representarse conflictos armados de más largo alcance con organizaciones criminales complejas como el colombiano.

La conspiración analizada en este manual corresponde a la figura pensada en el derecho anglosajón, donde surgió como un tipo penal, y su exportación a los Juicios de Núremberg como un híbrido en el que si bien se pensaba consagrarlo normativamente como un tipo, terminó siendo utilizado como un modelo la imputación. Dentro de sus elementos probatorios, como ya hemos dicho, el acuerdo es casi la prueba más importante dentro del proceso no sólo para probar la conspiración, sino además para probar también la participación e incluso la coautoría de los conspiradores en los delitos específicamente cometidos en virtud del acuerdo común, e inclusive con respecto a los que se cometieron en ejecución del acuerdo común sin ser previsibles. En esta medida esta es una figura donde el tipo penal está muy cerca de ser un modelo de imputación y serviría a la verdad histórica en la medida en que se pueda dar cuenta de los acuerdos en virtud de los cuales se cometieron una serie de crímenes. Hay que tener en cuenta que este tipo penal por lo general está vinculado con el acuerdo de cometer delitos concretos, razón por la cual sería difícil probar un *conspiracy* para el conflicto armado en general, pues en este “por lo general” hay acuerdos cuyo logro implica la comisión de una serie de delitos, que no han sido previamente determinados. Así las cosas, la figura de la conspiración aplicada al conflicto armado resultaría extremadamente iliberal. Sería una figura muy abierta e indeterminada, por lo que la decisión sobre la imputación de responsabilidades estaría sujeta al arbitrio del juez. No obstante, permitiría establecer relaciones causales dentro del conflicto armado, aunque, como explicamos, sería muy difícil pensar en una conspiración para un conflicto armado de largo alcance en tiempo y en espacio.

Como respuesta a las críticas que recibió la conspiración en Núremberg, la empresa criminal conjunta se pensó como modelo de imputación que podría dar cuenta de la actividad de organizaciones criminales de gran escala que funcionaran a la vez en red y de manera jerárquica²⁰⁵. A diferencia de las figuras penales que suponen la organización jerárquica y vertical de aparatos organizados de poder, la empresa criminal conjunta serviría para representarse también las operaciones de organizaciones que funcionen de manera horizontal, donde los miembros de la empresa criminal no necesariamente tengan conocimiento de lo que hacen sus compañeros, pero lo puedan prever. Funcionaría incluso para representarse organizaciones que funcionen en red, donde se pueda responsabilizar por delitos atroces no sólo a los miembros militares o armados, sino también a los civiles que hagan parte de la empresa criminal (financiadores, políticos).

Debido al carácter abstracto de esta figura, la capacidad de penetración temporal depende del momento en el que se determine el origen del plan, designio o propósito común del grupo criminal, pudiendo cada uno de los interesados argumentar según sus intereses una fecha de origen distinto e inclusive la existencia de varios planes criminales donde otras partes interesadas ven solo uno. Como modelo de imputación no comprende en sí mismo su aplicación a un contexto específico. Se podría encontrar un plan común que dé lugar a responsabilidades individuales en cualquier momento en el tiempo.

En todo caso, la empresa criminal conjunta permite reconstruir la historia de toda una organización criminal si se quiere, o puede limitarse a visibilizar únicamente algunos planes concretos sin develar su verdadero alcance. Por ejemplo, se podría argumentar que los dirigentes políticos que firmaron el Acuerdo de Ralito con las AUC son responsables

²⁰⁵ De hecho, autores como Jens Meierhenrich entienden que la figura de la empresa criminal conjunta puede leerse como una reelaboración contemporánea del uso que se le dio a la figura de la conspiración en Núremberg. Ver: Meierhenrich, Jens. (December 2006). *Conspiracy in International Law*. Harvard University. Department of Government. *Annual Review of Law & Social Science*, Vol. 2.

por todos los delitos que se sabía que los paramilitares podrían previsiblemente cometer desde el momento del pacto o, por el contrario, también se podría argumentar que se trató de un plan concreto, cuyo alcance se limita a la consagración de algunos compromisos generales, como defender la independencia nacional y proteger el derecho a la propiedad, sin relación alguna con la comisión del tipo de delitos que venían perpetrando las Autodefensas Unidas de Colombia.

Después de este recorrido por todas las figuras que caracterizamos como propias para juzgar crímenes de sistema, el modelo de imputación propuesto en el Estatuto de Roma parecería ser la síntesis de las ventajas y desventajas que han presentado los modelos de imputación y tipos penales aplicados hasta el momento en que se expidió ese instrumento. Toda vez que éste ha sido uno de los pocos cuerpos jurídicos completos pensados para juzgar individuos que son acusados de la comisión de crímenes sistemáticos, el modelo de imputación propuesto tiene en cuenta las diferentes formas de las organizaciones delictivas: desde las más pequeñas, principalmente jerárquicas, hasta las más grandes que comparten a la vez formas jerárquicas y redes de mando y orden.

Las diferentes formas de autoría y de participación que dispone el Estatuto de Roma exigen que la valoración probatoria hecha por los fiscales y los jueces tenga en cuenta el carácter de las organizaciones, así como los procesos históricos alrededor de los crímenes cometidos. En este sentido parecería que dispone de todos los elementos para que jueces y fiscales puedan apoyar de mejor manera la representación histórica de los conflictos armados.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Sentencias y pronunciamientos de organismos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2675 de 1970, sobre Principios Básicos para la Protección de las Poblaciones Civiles en los Conflictos Armados, adoptada por unanimidad.

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

Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares. 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

_____, Sentencia C-456 de 1997.

_____, Sentencia SU-1184 de 2001.

_____, Sentencia C-177 de 2001.

_____, Sentencia C-317 de 2002.

_____, Sentencia C-578 de 2002.

_____, Sentencia C-291 de 2007.

_____, Sentencia T-355 de 2007.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734 y auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268.

_____, Sentencia del 21 de agosto del 2003, radicación 19213.

_____, Sentencia del 27 de julio de 2006, radicación 25536.

_____, Sentencia del 7 de marzo de 2007, radicación 23825.

_____, Sentencia del 26 de abril de 2007, radicación 25889.

_____, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022.

_____, Sentencia del 2 de septiembre de 2009, radicación 29221.

_____, Sentencia del 3 de diciembre de 2009, radicación 32672.

_____, Sentencia del 23 de febrero de 2010, radicación 32805.

_____, Sentencia del 27 de abril de 2011, radicación 34547.

_____, Sentencia del 27 de septiembre de 2012, radicación 38250.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 30 de diciembre de 1986.

Sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGH) Alemán en asuntos penales (BGHSt, Tomo 40, pág. 218 y ss.).

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Caso Fiscal vs. Tadic. Sentencia de segunda instancia del 15 de julio de 1999, y decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción del 2 de octubre de 1995.

_____, Caso Fiscal vs. Aleksovsky. Sentencia del 25 de junio de 1999.

_____, Caso Fiscal vs. Blagojevic y Jokic. Sentencia del 17 de enero de 2005.

_____, Caso Fiscal vs. Blaskic. Sentencia del 3 de marzo de 2000.

_____, Caso Fiscal vs. Brdjanin. Sentencia del 1 de septiembre de 2004.

_____, Caso Fiscal vs. Furundzija. Sentencia del 10 de diciembre de 1998.

_____, Caso Fiscal vs. Galic. Sentencia del 5 de diciembre de 2003.

_____, Caso Fiscal vs. Hadzihasanovic y Kubura. Sentencia del 15 de marzo de 2006.

_____, Caso Fiscal vs. Kordic y Cerkez. Sentencia del 26 de febrero de 2001.

_____, Caso Fiscal vs. Halilovic. Sentencia del 16 de noviembre de 2005.

_____, Caso Fiscal vs. Kunarac y otros. Sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002.

_____, Caso Fiscal vs. Krajisnik. Sentencia del 27 de septiembre de 2006.

_____, Caso Fiscal vs. Limaj. Sentencia del 30 de noviembre de 2005.

_____, Caso Fiscal vs. Naletilic y Martinovic. Sentencia del 31 de marzo de 2003.

_____, Caso Fiscal vs. Delalic y otros. Sentencia del 16 de noviembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Caso del Fiscal vs. Rutaganda. Sentencia del 6 de diciembre de 1999.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz,

29 de junio de 2009, sentencia contra Uber Enrique Banquez y Edwar Cobos Téllez.

_____, 2 de diciembre de 2010, sentencia contra Jorge Iván Laverde Zapata.

_____, 7 de diciembre de 2011, Sentencia contra Edgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres.

_____, 16 de diciembre de 2011, sentencia contra Freddy Rendón Herrera.

_____, 31 de enero de 2012, sentencia contra José Barney Veloza García.

_____, 30 de octubre de 2013, sentencia contra Hebert Veloza García.

Libros y artículos

Álvarez, J. (1999). Crimes of State/ Crimes of hate: Lessons from Rwanda. *Yale Journal of International Law*. 24:365.

Ambos, Kai. (Marzo de 2000). Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Recuperado de <http://derechojusticiasociedad.blogspot.com/2009/05/dominio-del-hecho-por-dominio-de.html>

- _____ (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2007). Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *ICJ 5 1* (159).
- Andreu, Federico. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen de desaparición forzada*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Aponte, Alejandro. Colombia. (2008). En: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (Eds.) *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Fundación Konrad Adenauer.
- Arenas, Antonio Vicente. (1982). *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis.
- Arendt, Hannah. (2013). *Eichmann en Jerusalén*. Bogotá: Random House Mondadori.
- Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto y Reed Hurtao, Michael. (2006). Entre la razón y la pasión: castigo y violaciones del pasado en Colombia. En: *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos*. Bogotá: Fundación Social-Área de derechos humanos y paz.
- Buss, Dorris. (Jan. 2012) Prosecuting Mass Rape: Prosecutor v. Dragoljub Kurarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. *Feminist Legal studies*, No. 1.
- Brunkhorst, Hauke. (2007). Verdad jurídica e histórica: la relación de la democracia a violaciones masivas de los derechos humanos. En: Hoyos, Guillermo (Ed.). *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Cabrera Pérez-Armiñán, María Luisa. (2006). *Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*. Guatemala: Equipo de estudios Comunitarios y Acción Psicosocial.
- Camacho, Álvaro. (Mayo-agosto de 2002). Credo, necesidad y codicia: los alimentos de la guerra. En *Análisis Político*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, No. 46, p. 137-150.
- Cardona, Lina María. (2012). *La figura de la coautoría impropia en la jurisprudencia colombiana*. Tesis de grado. Medellín: Universidad EAFIT.
- Case Western Reserve University School of Law International war crimes research lab. (Spring 2004). *Memorandum for the Office of the prosecutor of the international criminal Tribunal for Rwanda Issue: joint criminal enterprise - what is the Degree of participation required for Conviction? An exhaustive memo of the Jurisprudence on joint criminal enterprise*. Prepared by Christopher j. Knezevic.
- Casasse, Antonio. (Ed.). (2002). *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*. Vol. 1 Londres: Oxford University Press.
- _____ (2003). International Criminal Law. En: M. Evans (Ed.). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Castro, Sandra Jeannette. (2003). *Delitos contra el régimen constitucional y legal*. En *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CEJIL y Clínica de Derechos Humanos de Yale Allard K. Lowenstein. (Mayo de 2008). Opinión Experta sobre la Extradición y los Modos de Responsabilidad Penal ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012) *Justicia y Paz, ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá: CNMH.
- Chetail, Vincent. (Junio de 2003). The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law. En *International Review of the Red Cross*, Vol. 85. No. 850.

- Chinkin, Christine. (2001). Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery Editorial Comment". *95 American Journal of International Law*, No. 1.
- Comisión de la Verdad para El Salvador. (1992-1993). *De la guerra a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*. San Salvador: Naciones Unidas.
- Copelon, Rhonda. (1994). Surfacing Gender: Re-Engraving Crimes against Women in Humanitarian Law Rape as a Weapon of War in the Former Yugoslavia. *Hastings Women's Law Journal*, 5.
- Cruz Bolívar, Leonardo. (2004). Delitos contra la seguridad pública. En: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Drumbl, Mark. (2011). Collective Responsibility and Postconflict Justice. En Tracy Isaacs y Richard Vernon (Eds.). *Accountability for Collective Wrongdoing*. New York: Cambridge University Press.
- Estrada, Federico. (1981). *Derecho penal: parte general*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Finkelkraut, Alain. (1992). *Remembering in vain*. New York: Columbia University Press.
- Fletcher, G. (2000). The Storrs lectures: liberals and romantics at war: The problems of collective guilt. *Yale Law Journal*. 111: 1501-73.
- Ginzburg, Carlo. (1991). *El juez y el historiador*. España: Anaya y Mario Muchnik.
- Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. (2005). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hernández Esquivel, Alberto. (2002). Autoría y participación. En *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 265-287.
- Katyal, Neal Kumar. (Apr. 2003). Conspiracy Theory. En *The Yale Law Journal*, Vol. 112, No. 6, 1307-1398.
- Koskenniemi, Martii. (2011). Between impunity and show trials. En *The Politics of International Law*. Oxford and Potland: Hart Publishing, Cap. 7, 171-197.
- Mallinder, Louise. (September 2011). Peacebuilding, The Rule of Law and The Duty to Prosecute: What Role Remains for Amnesties? *Transitional Justice Institute Research Paper No. 11-06*. Working Paper. Building peace in post-conflict situations. British Institute of International and Comparative Law. Transitional Justice Institute – University of Ulster.
- Márquez Cárdenas, Álvaro E. (2002). *La autoría mediata en el derecho penal, formas de instrumentalización*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Meierhenrich, Jens. (Dec. 2006). Conspiracy in International Law. Harvard University. Department of Government. *Annual Review of Law & Social Science*, Vol. 2.
- Meloni, Chantal. (Jul. 2007). Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior? *Journal of International Criminal Justice*.
- Mesa de Trabajo por un Plan Integral de Protección a Víctimas y Testigos de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con enfoque diferencial de género. (Noviembre 25 de 2008). *Plan integral de protección a víctimas y testigos de graves violaciones a derechos humanos e infracciones a derecho internacional humanitario, con enfoque diferencial de género. Propuesta para el cumplimiento de la sentencia T-496 de 2008*.
- Mettraux, Guénael. (2006). *International crimes and the ad hoc tribunals*. Oxford: Oxford University Press.

- Minow, Martha. (2002). Breaking the Cycles of Hatred. En Rosenblun, Nancy. (Ed.). *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law, and Repair*, Princeton: Princenon University Press.
- Múniera Ruiz, Leopoldo. (Noviembre-diciembre de 2006). Procesos de actores armados ilegales y pro-sistémicos (Los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia). *Pensamiento Jurídico* No. 17. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 65-102
- Ohlin, Jens David. (2008). The Co-Perpetrator Model of Joint Criminal Enterprise. Cornell Law School. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 14.
- Olásolo, Héctor. (2007). *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia: Cruz Roja Española.
- _____ (2008). La Influencia de la decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional. En *Revista de Pensamiento Jurídico Teoría y Derecho*. Vol. 3, Valencia, 285-321.
- Olásolo, Héctor y Pérez Cepeda, Ana. (2004). The notion of control of the crime and its application by the ICTY in the Stakic case. *International Criminal Law Review*. 4, 475-526.
- Orozco, Iván. (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.
- _____ (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad de los Andes.
- Osiel, Mark. (Oct. 2005). The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity. *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6, 1751-1862.
- _____ (Feb. 2000). Why Prosecute? Critics of Punishment of Mass Atrocity. *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, No. 1, p. 118-147.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2005). (séptima edición). *Manual de Derecho Penal, Parte general – Parte especial*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pérez, Luis Carlos. (1981). *Derecho penal*. 2 Tomos. Bogotá: Temis.
- Prieto, Rafael. (2006). *Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Procuraduría General de la Nación. (2006). La Masacre de Machuca, autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Concepto rendido ante la Corte Suprema de Justicia por Francisco Javier Farfán Molina, Procurador Primero Delegado para la Casación Penal.
- Pérez Torres, Gonzalo. Delitos contra la Humanidad y el Derecho Internacional Humanitario. En Quiceno, Fernando. (Comp.). (2002). *Delitos de Terrorismo y Narcotráfico, Estudios de Derecho Penal Especial*. Editorial Jurídica Bolivariana.
- Ramelli, Alejandro. (2004). Personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. En *Lecciones de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Reed, Michael (Ed.). (2008). *Judicialización de crímenes de sistema*. Centro Internacional de Justicia Transicional, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio Internacional de Canadá.
- Reyes Cuartas, José F. (2004). La autoría mediata con aparatos organizados de poder. En *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 75, Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Rivera Paz, Carlos y Salazar García, Antonio. Condenan a Fujimori como autor de crímenes de lesa humanidad. Recuperado de <http://alainet.org/active/29829&lang=es>
- Roxin, Claus. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Madrid.

- _____ (2003). Autoría mediata por dominio en la organización. En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, número 13.
- Servicio de Asesoramiento en DIH. Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta. Recuperado de [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MGW/\\$FILE/CIHE.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5MGW/$FILE/CIHE.pdf)
- Simpson, Gerry. (2007). *Law, war and crime*. Cambridge: Polity Press.
- Stewart, James. (Junio de 2003). Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Recuperado de <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5W-3JUY>.
- Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. Los retos jurídicos de la desaparición forzada: de la lucha por el reconocimiento a la lucha por la eficacia de un crimen atroz. Recuperado de http://dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=186
- _____ Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. Recuperado de: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=182.
- Velásquez, Fernando. (2007). *Manual de derecho penal: parte general*, Bogotá: Editorial Temis.
- Veyne, Paul. (1984). *¿Cómo se escribe la historia?* Madrid: Alianza Editorial.
- Villarraga, Álvaro (Comp.) *Derecho Internacional Humanitario de Colombia. Problemática y aplicación*. Bogotá: Tercer Mundo Editores; CICR. Recuperado de <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/ihl?OpenDocument>.

El presente trabajo del Centro Nacional de Memoria Histórica analiza los retos que tiene Colombia para resolver el conflicto interno armado, implementar medidas de justicia transicional y superar complejos problemas de la administración de justicia.

Por consiguiente, este texto ilustra el desafío que tienen los jueces penales para administrar justicia de modo que sus acciones se ajusten a los requerimientos usuales de un sistema judicial independiente, liberal y garantista, coadyuven en la lucha contra la macrocriminalidad y tengan como horizonte los dilemas jurídicos y políticos de la transición.

Además, se proponen algunas reflexiones básicas sobre las categorías jurídicas disponibles para enfrentar tipos muy particulares de crímenes que se producen en el marco del conflicto armado.

Por esa razón, este texto hace un repaso de conceptos fundamentales como los crímenes de sistema, los crímenes de lesa humanidad, los delitos políticos, el terrorismo y la violencia sexual, entre otros.

DISTRIBUCIÓN
GRATUITA

ISBN: 978-958-58705-5-0



Centro Nacional
de Memoria Histórica



DPS Departamento
para la Prosperidad
Social

