

## **CIVILES Y CONFLICTO ARMADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA\***

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Doctor en Derecho Penal y Teoría del derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Profesor de Derecho Penal General y Teoría del derecho en la Universidad Javeriana de Bogotá

### **Aclaración previa**

El presente trabajo, a pesar de referirse a una situación particular de un país latinoamericano, contiene una reflexión de carácter global, en la medida en que aquí se analiza la posición de la jurisprudencia penal en escenarios de alta conflictividad en los cuales se hace necesario hoy aplicar normas del derecho penal internacional o normas relacionadas con el derecho internacional de los derechos humanos. Hoy, el análisis crítico de las decisiones de los jueces respecto de aquellos delitos que hacen parte de los denominados crímenes internacionales, constituye un esfuerzo de derecho comparado muy enriquecedor si se tiene en cuenta, además, que en todos los países que han incorporado el Estatuto de Roma al derecho público interno, para citar este caso concreto, tienen lugar intensas y complejas discusiones acerca de los alcances del derecho internacional frente al derecho interno.

En el caso que se narra en este escrito, un dato surge, además, con especial interés: en Colombia, en razón a la situación de alta conflictividad que ha vivido el país por muchos años, en razón a la con-

---

\* El presente texto constituye una versión corregida y preparada para la publicación en España, del texto presentado a las jornadas internacionales de derecho penal, adelantadas en la Universidad Externado de Colombia de Bogotá en el mes de septiembre de 2006. El texto, en su versión inicial, ha sido publicado en: *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Bogotá, Volumen XXVII, Número 81, Mayo / agosto de 2006, pp. 15-46.

vivencia simultánea entre la paz y la guerra, entre la violencia y la democracia, la imaginación jurídica ha debido incorporar estatutos normativos propios del derecho internacional, por ejemplo, del derecho internacional de los conflictos armados, al derecho público interno, con el propósito de regular o de minimizar el impacto de la violencia o de la alta conflictividad sobre las personas ajenas a los conflictos o sobre su propio orden social o jurídico. Mucho antes de desdoblado el derecho internacional humanitario en Europa, en el año 49, ya en el país se aplicaban normas humanitarias; mucho antes de ser conceptualizados y convertidos en normas, algunas conductas concebidos en el contexto general de los delitos de lesa humanidad, ya en el país los jueces trabajan arduamente con estos conceptos. De allí por qué, el interés que desde una perspectiva comparada, puede tener un análisis de la forma cómo los jueces aplican el derecho penal en escenario de extrema conflictividad política, social y económica.

## Presentación

En dos pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia relativamente recientes, uno de enero y el otro de febrero de 2006, la Sala Pena ha renovado la discusión sobre el conflicto armado en Colombia, el carácter del delito político, las implicaciones de los actos de los actores armados sobre la población civil, el carácter y concepto de combate, los instrumentos internacionales, entre otros temas. Se trata de pronunciamientos diferentes, incluso contradictorios en tesis de fondo, aunque fueron emitidos prácticamente de manera simultánea.

Son, como se ha dicho, diversos los temas que aborda la Sala Penal. Por esa razón, el trabajo de análisis de la jurisprudencia, puede ocuparse de algunos de ellos; por ejemplo, sobre el carácter de la rebelión o del delito político, o sobre cómo se ha ido incorporando el lenguaje del derecho penal internacional al derecho público interno. Pero éstos no son los énfasis que se harán en este trabajo. Aquí, el énfasis se hará en relación con la situación de los civiles dentro del conflicto armado y no se restringe, desde luego, a las dos providencias reseñadas. Tampoco, en este caso, se ahondará en el estudio de providencias dictadas por la Corte Constitucional sobre derecho internacional humanitario. El análisis, dentro del gran ámbito de producción jurisprudencial que ocupa, desde luego también, al Consejo de Estado, se restringirá a pronunciamientos del máximo tribunal de la justicia penal ordinaria. De todas maneras, desde luego, es necesario hacer referencias concretas a temas de contexto, particular-

mente al tema del tratamiento del delito político, ya que ellos inciden necesariamente en la reflexión sobre la situación de los civiles en escenarios de conflicto armado interno.

El tema de la situación de los civiles en el conflicto, es un tema fundamental en el caso colombiano. Lo es en todos los casos, pero en el nuestro, lo es además por las características particulares de dicho caso: se trata de las relaciones entre violencia y democracia, entre orden jurídico y violencia, entre guerra y política, entre guerra y derecho, temas fundamentales en el ámbito de decisión de los jueces. Y es un tema central, desde luego, en un ámbito de decisión que no se restringe a los jueces colombianos, sino que se extiende al marco de decisión de los jueces internacionales, concretamente, a los jueces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como lo demuestran las diversas sentencias que contra nuestro país han sido dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello, precisamente en relación con dinámicas de violación de los derechos humanos de miembros de la sociedad civil en situación de conflicto armado —más aún cuando se trata de un conflicto armado tan difuso, degradado y crónico. En el caso de estas decisiones, el Estado colombiano ha sido sancionado por la actuación de sus agentes, hecho éste que merece un estudio aparte y en detalle, ya que incluso son escasos los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte al respecto. Es decir, el tema debe abordarse también desde la perspectiva internacional y las obligaciones contraídas por el Estado colombiano.

Debe añadirse en esta presentación y ello constituye el punto de partida de la siguiente reflexión, que las tensiones que se notan en las providencias de los jueces, en este caso, y para efectos de la exposición, en providencias de la Sala Penal de la Corte, tienen que ver con el hecho de que se trata de situaciones que, en el contexto del derecho penal moderno y del derecho público en general, estarían situadas en principio por fuera del mismo orden jurídico; es decir, de situaciones propias de la guerra entre naciones o, en todo caso, de situaciones de suspensión o interrupción del orden jurídico penal que presupone y exige la existencia y consolidación de la paz como condición fáctica para su funcionamiento.

No es éste el caso colombiano: la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho, no ha sido consolidada, no es una realidad en todo el territorio y, sin embargo, los jueces penales deben aplicar las normas, deben decidir en función de situaciones de guerra, en el marco de una Constitución Política y de un orden jurídico penal en principio asentados sobre la base de unas condiciones

mínimas de paz consolidada. Este hecho, consciente o no en los jueces, se percibe siempre en las decisiones de los mismos. Además y precisamente porque se trata de situaciones fácticas, de hechos de la coyuntura ligados a escenarios muy anómicos y conflictivos, ligados por ejemplo a políticas de pacificación o de persecución de ciertos actores, se trata de normas y de decisiones muy condicionadas por la política. De hecho, una de las características del caso colombiano, es la confusión permanente entre la guerra y la política. Puede decirse, que el material normativo ligado al delito político, a tipos penales como el concierto para delinquir, como el terrorismo y sus diferentes variantes, homicidio con fines terroristas, etc., incluso a tipos penales como aquellos que hoy se recogen en el título segundo del Código penal vigente, como infracciones al derecho internacional humanitario, son expresiones de aquello que se puede denominar derecho penal político. En cualquier caso, la politicidad inherente a las decisiones, es un hecho insoslayable, que no se percibe en el tratamiento de otras conductas, por sus propias características, más proclives a un tratamiento más técnico y más dogmático.

Este hecho, tan presente en el caso colombiano, entre otras consecuencias o características, presupone que las decisiones que se toman en relación con dichos tipos penales, no obedecen siempre a construcciones dogmáticas ligadas por ejemplo a la Teoría del Delito, sino que es la mera decisión política la que suele guiar en un momento dado la aplicación de las normas. Así como en la expedición de dichas normas, el papel de la política, ligada al conflicto armado o a la violencia endémica, prevalece sobre la dogmática penal, tiende a ser ello también un hecho presente en las decisiones de los jueces. Tanto más lo es, por ejemplo, el problema reiterado que, en función del posible castigo a agentes estatales incursos en acciones contra la población civil, se presenta con los conflictos de competencia. La decisión sobre la competencia tiene un cariz político insoslayable. Es puro derecho penal político en acción, incluso si ello no es muy explícito en los operadores de la justicia. Un hecho debe eso sí destacarse: se nota un intento del juez penal por ajustar, dentro de una racionalidad jurídica misma, una serie de normas que no se caracterizan precisamente por ser ellas muy ajustadas a constructos normativos razonables o consistentes. Se trata de tipos penales abiertos, difusos, ambiguos, frutos de decisiones ligadas a la dinámica de la emergencia, de normas asediadas por las coyunturas. Este hecho le otorga una dimensión particularmente interesante a las decisiones de los jueces penales en Colombia.

## 1. La jurisprudencia penal: entre la paz y la guerra

Tal como se ha expuesto en la presentación, existe una serie de paradojas que cruzan el caso colombiano y que le otorgan especificidad incluso respecto de países que han vivido hechos de alguna manera similares, como es el caso, para citar un ejemplo, del Perú. Son éstas las relaciones paradójicas entre la guerra y la política, entre el orden y la violencia, entre guerra y derecho<sup>1</sup>. La presente reflexión, se sitúa de suyo en el marco de estas relaciones entre guerra y derecho: es la dinámica de dicha relación, aquella que en mayor medida le otorga contenido específico a muchas de las decisiones que han tomado los jueces penales<sup>2</sup>.

## 2. De la confusión entre la guerra y la política

Las relaciones entre guerra y derecho encuentran, a su vez, un punto de referencia más genérico en la confusión histórica tradicional que en el país ha existido entre la guerra y la política. Desde la

---

<sup>1</sup> A manera de ejemplo, se citan aquí trabajos que se han ocupado en los últimos años, de estas paradojas enunciadas. El texto de Gonzalo Sánchez, *Guerra y Política en la sociedad colombiana*, El Áncora editores, Bogotá, 1991, sigue siendo un texto básico sobre estas relaciones y sus consecuencias. Respecto de la relación entre guerra y derecho, encontramos, a manera de ejemplo, el trabajo de Alejandro Valencia Villa, *Derecho Humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, serie: Textos de Divulgación N.º 8., Bogotá, 1994; los trabajos de Hernando Valencia Villa, *La Justicia de las Armas. Una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos de la U. Nacional-Tercer Mundo editores, Bogotá, 1993, y *Cartas de Batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*, Universidad Nacional/CEREC, 1987, y el libro de Iván Orozco Abad, con la colaboración de Alejandro David Aponte, *Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos de la U. Nacional-Editorial Temis, Bogotá, 1992. Sobre las dos paradojas restantes, el texto: *Colombia: violencia y democracia*. Informe presentado al Ministerio de Gobierno, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1987, y el texto de Marco Palacios, *Entre la Legitimidad y la Violencia. Colombia (1875-1994)*, Editorial Norma, Bogotá, 1995. Un texto importante por su acercamiento muy técnico, necesario en temas politizados, al derecho humanitario, el libro de Alejandro Ramelli, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

<sup>2</sup> Además de los textos citados, dentro de la extensa bibliografía existente al respecto, y con el énfasis puesto en el estudio de la violencia, pueden citarse los siguientes trabajos: Daniel Pécaut, *Crónica de dos décadas de política colombiana*, Siglo XXI, Bogotá, 1989. Del mismo autor, «Colombia: Violencia y Democracia», en : *Análisis Político*. N.º 13., mayo-agosto de 1991. Germán Palacio (compilador), *La irrupción del paraestado*, Cerec-Ilsa, Bogotá, 1990; Gonzalo Sánchez y Ricardo Peñaranda, *Pasado y Presente de la violencia en Colombia*, Cerec, Bogotá, 1991. William Ramírez Tobón, *Estado, Violencia y Democracia*, Instituto de Estudios Políticos de la U. Nacional-Tercer Mundo editores, Bogotá, 1990.

proliferación de conflictos armados en el siglo XIX, expresados en la confrontación bélica interna, es decir, como guerras civiles internas, se ha manifestado dicha confusión. Si es dable, con autores como Clausewitz, concebir la política como la continuación de la guerra por otros medios, en el caso colombiano, la ecuación sufre igualmente en nuestra historia una variación fundamental: en muchas ocasiones constituye la política en cambio, la continuación de la guerra por otros medios. Es decir, la guerra tiende a convertirse en un fin en sí misma, de manera que la política es convertida en un medio para hacer la guerra: para servir a ella como fin. La guerra controla la política, dentro de una dinámica perversa de conflicto armado interno crónico. Como consecuencia de ello es que de una manera reiterada, a problemas de carácter político, se les otorga en la práctica un tratamiento militar o meramente punitivo. Como consecuencia de ello, además, en muchas dimensiones ligadas a la confrontación, se vive el derecho penal como derecho penal político.

Con esta categoría, no se hace referencia desde luego a un sistema de derecho penal influido o relacionado con la política: ello le es en todo caso inherente. La noción misma de política criminal por ejemplo, refleja y expresa dicha relación. De otra parte, como derecho público, el derecho penal, como es el caso del derecho constitucional, lleva en su seno la idea misma de lo político. De lo que se trata en este caso es, al contrario, de una verdadera apropiación del derecho penal por parte de la política: de una instrumentalización del derecho penal para fines exclusivamente políticos. Esta noción la aclara un autor que se ocupa del tema en el caso alemán por ejemplo: «Uno puede retomar una afirmación en relación con el derecho penal. Para citar un caso: se puede afirmar que el derecho penal, tal como el derecho constitucional, es por naturaleza político; o se puede afirmar también que la política se apodera del derecho penal como mero instrumento para lograr sus fines (es a esa última afirmación que se hace referencia: el 'derecho penal político' es concebido en su carácter y función meramente instrumental)»<sup>3</sup>.

Tal como lo hace este autor, es al carácter puramente instrumental del derecho penal, al cual se alude aquí cuando se hace referencia a un derecho penal político. Es interesante observar, además, cómo el derecho penal se convierte paulatinamente en un instrumento de la política meramente partidista: «El derecho penal ha dejado de ser un medio limitado y un instrumento para asegurar la libertad, y ha pasado a ser un medio absoluto autorizado para la consecución de

---

<sup>3</sup> Thomas Vormbaum, «Politisches Strafrecht», en: *ZStW* 107 (1995), p. 734.

cualquier tipo de finalidad política. El derecho penal se ha convertido hoy en un instrumento de la política partidista. Lastimosamente, este cambio fundamental en la filosofía del derecho penal, no se discute hoy suficientemente en el ámbito de la ciencia del derecho»<sup>4</sup>.

En el caso colombiano, además de darse el fenómeno de un derecho penal político-instrumental, se trata en general de una forma muy especial de la acción política: de la política concebida y vivida fundamentalmente como confrontación irreductible entre *enemigos*. Esta consecuencia se percibe en las decisiones de los jueces. De alguna manera y ello es claro por ejemplo en los jueces constitucionales que, por la lógica de la excepción, al controlar los decretos de emergencia dictados por el ejecutivo y que incorporan normas con tratamientos específicos a actores de la guerra, también se convierten en sujetos de la decisión sobre el carácter mismo de esos actores: si son enemigos relativos o absolutos por ejemplo, si son o no reales enemigos, etc. Incluso, cuando se trata de la revisión de normas no necesariamente vinculadas a los estados de excepción, la dinámica del derecho penal político se hace insalvable<sup>5</sup>.

Por ejemplo, la decisión de la Corte en el año 1997, que cambió la lógica tradicional con que se había interpretado la denominada *complejidad* y, con ella, la *conexidad* del delito político, en sus dos formas —como rebelión y sedición—, y que sirve de base concretamente para las decisiones que han sido tomadas luego por la Sala Penal de la Corte y muy claramente en las dos providencias, tanto la del mes

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 734. Esta tendencia hacia un derecho penal político, es además recalcada por diversos autores. Peter-Alexis Albrecht, en un trabajo en el cual concibe que el derecho penal transita el camino desde el Estado de derecho liberal hacia el Estado-social intervencionista, afirma que «El bien conocido *derecho penal político* constituye una afirmación con amplia repercusión actual y a la vez prototípica. Nos movemos aquí en la médula del Estado-social intervencionista». Peter-Alexis Albrecht, «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat», en: *KritV*, (1988), pp. 200-201. Por su parte, Hassemer recalca que el «derecho penal está situado, tanto en la teoría como en la praxis, en el camino hacia la tecnología social. Él se reduce hoy a ser un mero instrumento de la política interior (en la economía, en la ecología, en la salud, en las finanzas, en la seguridad)». Winfried Hassemer, «Sozialtechnologie und Moral ; Symbole und Rechtsgüter», en: Heike Jung, Heinz-Müller Dietz, Ulfrid Neumann (editores), *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1995, p. 329.

<sup>5</sup> Sobre el derecho penal político, en el contexto de la emergencia y las relaciones entre guerra y derecho, se cita aquí el texto del autor, escrito en lengua alemana, con el título de: *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, editorial Nomos, Baden —Baden, 2004, p. 76 y ss. La versión en español del texto se titula: *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, ediciones Gustavo Ibañez, Bogotá, agosto de 2006.

de enero de 2006 y la de febrero del mismo año, puede ser interpretada también en este contexto. Se trata de una manera de percibir y de decidir de acuerdo con ello, el carácter del enemigo<sup>6</sup>.

De esta forma, si dentro de la lógica con que durante muchos años se había interpretado el delito político y al delincuente político como expresión del combatiente del derecho internacional de los conflictos armados, se había entendido que el centro del combate, que es la confrontación armada y la posibilidad de producir la muerte del combatiente adversario, absorbía una diversidad de actos, desde el año 97, se elimina esta posibilidad y los actos ligados al combate, pasan a ser criminalizados de manera independiente. En esta decisión hay una postura relacionada directamente con una forma de comprensión del conflicto, de los enemigos, del derecho penal político ligado a la confrontación armada, etc. Las coyunturas de la política y, más allá, del mismo conflicto armado, inciden sin duda es estas decisiones. También, desde luego, la propia degradación, desideologización y despoltización de la confrontación.

Se trata de una dinámica muy interesante de decisión jurídico-política, que es inherente a un derecho penal que, como se dice, no está siempre ajustado a constructos dogmáticos, sino que sus dictados están situados más en la decisión política. Interesante es observar, en el contexto que nos ocupa, si dichos cambios en la decisión acerca de los alcances del delito político y, por tanto, en la definición del carácter del enemigo en una confrontación, puede traer consecuencias más favorables o si ello no es necesariamente así, para el tercero civil no combatiente. Se trata de una pregunta central en el contexto de este trabajo.

### **3. Incidencia del contexto internacional en las consideraciones de los jueces**

Un hecho debe ser destacado de manera fundamental, cuando se aborda el estudio, en una perspectiva histórica, de diversas decisiones jurisprudenciales relacionadas con la alta conflictividad del país. Se

---

<sup>6</sup> La Sentencia de la Corte Constitucional, es la No. C. 546 de 1997, con ponencia de Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes y con los salvamentos de Voto de Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria. Por su parte, las providencias de la Sala Penal, que se estudiarán luego en detalle, son las siguientes: sentencia con radicado No. 23.893 del 26 de enero de dos mil seis, con ponencia del magistrado Mauro Solarte y la providencia aprobada con el acta núm. O.14 del 15 de febrero de 2006, con ponencia de Edgar Lombana.



trata de la importancia cada vez mayor del circuito internacional de derechos humanos, de aquello que puede denominarse la internacionalización del derecho. Hoy, con todas sus implicaciones: de la globalización del derecho.

Ya la Constitución Política de 1991, con su artículo 93, daba vía libre a la consolidación de dicha tendencia. Desde el punto de vista del derecho penal, el Código Penal, expedido una década después de la Carta Política e influido por ella, hizo suyo el denominado «principio de integración», por medio del cual y como lo establece el artículo 2, en tanto principio rector, «Las normas y postulados sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código». También el Código de Procedimiento Penal que hoy continúa vigente, mientras el nuevo Código que consolida el Sistema Penal Acusatorio, entra en vigencia en diversos distritos judiciales, hace relación al principio de integración.

Por su parte, el nuevo Código de procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, avanza incluso más allá en la previsión del impacto del circuito internacional de los derechos humanos, al incluir los tratados sobre derecho internacional humanitario. Además, todo ello en el contexto del denominado «bloque de constitucionalidad». Así, el artículo 3, que ya no se refiere al principio de integración, sino a la «prelación de los tratados internacionales», establece lo siguiente: «En las actuaciones prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad». Esta norma, incluso más clara y contundente que la normas sobre integración —ya que se refiere directamente a la prelación de los tratados— debe leerse en función del artículo 93 constitucional que con igual tenor se refiere a los estados de excepción.

De la misma forma y en consecuencia, esta norma debe leerse de conformidad con el numeral 2do, del artículo 214 de la Carta que, en relación con los estados de excepción, establece lo siguiente: «No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario». Se subraya esta última frase: el derecho humanitario prevalece en todo caso, es decir y sobre todo, cuando precisamente se trata de estados de excepción, de estados de emergencia. En el caso colombiano: en las situaciones de conmoción interior, ligadas ellas en su mayoría a situaciones directamente relacionadas con el conflicto armado interno. Es una disposición

absolutamente clara frente a los alcances de las normas de emergencia dictadas por el ejecutivo y es una advertencia sobre los límites de la actuación de los agentes estatales en situaciones de conflicto.

Así, como se ve, desde el propio Código de Procedimiento, se hace referencia directa a la prevalencia de estos tratados sobre derecho internacional humanitario. Por esa razón, no se trata tan sólo de su mera prevalencia, sino que con esta obligación, se impone cada vez con mayor vigor, la necesidad de sofisticar toda la metodología de interpretación de aquellas conductas que hoy se encuentran reguladas en el Código Penal y que son hoy concebidas en el derecho penal internacional, como crímenes internacionales. No sólo desde luego los crímenes de guerra, sino los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, para hablar con el lenguaje del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta exigencia se nota hoy en las decisiones de los jueces; se nota, además y de manera particular, en diversos escritos que contienen los conceptos especializados que presenta la Procuraduría General de la Nación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup>.

#### **4. La histórica apropiación interna del derecho público internacional**

Ahora bien, a pesar de que hoy, por fuerza de la tendencia incesante hacia la internacionalización y globalización del derecho, la incorporación de las pautas internacionales, como fórmulas de interpretación de diversas figuras del derecho interno, es un hecho más notorio, hay que precisar que ello ha sido una constante en el caso colombiano, particularmente cuando se ha tratado de figuras que han sido incorporadas en escenarios de confrontación. En las relaciones entre guerra y derecho en nuestro país, diversas disposiciones que en el derecho internacional europeo sirvieron para regular el impacto de las guerra interestatales han sido, en nuestro caso, incorporadas al derecho interno o han servido en todo caso como fuentes de interpretación de nuestras normas. Es el caso por ejemplo de la alusión al

---

<sup>7</sup> En el caso colombiano, la Procuraduría General de la Nación, institución que tiene entre otras funciones la de investigar y condenar disciplinariamente a los funcionarios públicos, a través de los denominados procuradores delegados, presentan conceptos escritos a la Sala Penal, en los cuales establecen la posición de la Procuraduría frente al caso concreto. Estos conceptos, llamados también «vistas fiscales», no son de obligatorio cumplimiento por parte de la Sala, pero constituyen documentos muy importantes para la solución de los casos y, en todo caso, para el desarrollo jurisprudencial en las diferentes materias.

*ius gentium* —al derecho de gentes— dentro de la estructura normativa del antiguo estado de sitio, o las amnistías o los indultos y el caso de la incorporación del delito político con un tratamiento privilegiado.

En el caso del derecho de gentes, central en la reflexión que nos ocupa, el artículo 121 de la Carta Política de 1886, establecía que en caso de guerra exterior o de conmoción interior, «el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones». De esta manera, el antiguo *ius publicum europaeum*, entraba al derecho público interno en Colombia. A pesar de que en múltiples ocasiones, sobre todo cuando se trató de formas del estado de sitio de carácter *constitutivo*, mediante las cuales no se declaraba una situación que fácticamente pudiese ser comprobada o pudiese ser real, sino que se tendió más a *constituir* un estado de caos o de emergencia bajo intereses muy concretos, se usó el derecho de gentes como una especie de estatuto abierto para radicalizar el impacto del estado de sitio sobre los derechos y garantías, su auténtico sentido era el de limitar precisamente dicho impacto. En ese sentido, la alusión en la nueva Carta Política, al respeto por el derecho humanitario en los estados de excepción, debe interpretarse como un desarrollo del carácter limitativo que tuvo el derecho de gentes en la historia de guerras en Colombia desde el siglo XIX y de los múltiples conflictos en el siglo XX. Ello, claro está, con la incorporación de un nuevo lenguaje y de una nueva metodología, como es el caso del tercer civil no combatiente, el principio de distinción, los elementos normativos de diversos tipos penales, como son las personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, etc.

Con esta alusión al derecho de gentes, se desea enfatizar aquí, tal como se ha dicho, que el derecho internacional ha estado presente siempre, tanto en la normatividad, como en las decisiones de los jueces penales. Incluso antes de que hoy en el nuevo Código Penal se hubieren incorporado conductas que, como el genocidio o la desaparición forzada, constituyen crímenes internacionales, ya se hacía referencia genérica en la jurisprudencia a los delitos de lesa humanidad por ejemplo. Esta acepción servía de referencia a la aplicación de las normas en escenarios de conflicto y en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Es el caso muy grave por ejemplo, relacionado con las masacres de las fincas Honduras, La Negra y la Mejor Esquina, en el cual sujetos armados dispararon a miembros de la población civil de manera indiscriminada, tanto la vista fiscal —y ello

## 5. La noción de Combate, civiles y conflicto armado: la posición de la jurisprudencia penal

A partir de la noción de combate, de cómo se interpreta este hecho fáctico con consecuencia jurídicas complejas, por parte de la jurisprudencia penal, se puede profundizar en el análisis de dicha jurisprudencia, de acuerdo con los propósitos de este trabajo.

Ya en providencias de la Sala Penal de la Corte, anteriores a las escogidas como punto de partida para nuestro estudio, la Sala Penal había asumido el estudio de la noción de combate y sus implicaciones, particularmente en relación con los civiles. Es el caso por ejemplo, fallado en casación, mediante sentencia del 25 de agosto de 1999.

El caso es el siguiente: el 2 de junio de 1992, en horas de la noche y estando un sector de la ciudad de Bogotá sin alumbrado eléctrico, miembros de una célula urbana de un grupo guerrillero, luego de disparar a un agente de policía, activaron un artefacto explosivo contra un Centro de Atención Inmediata de la Policía del lugar. Rápidamente se capturó a uno de los responsables quien confesó su autoría y a quien se le decomisaron materiales de guerra. La defensa del acusado se basó en la comisión del delito de rebelión, contra la incriminación hecha por el fiscal, del delito de terrorismo<sup>9</sup>. De acuerdo con la defensa, se trataba de una acción militar contra instalaciones

---

con un énfasis muy particular—, como la providencia de la Sala Penal, hicieron relación a la noción de delitos de lesa humanidad, como fuente de interpretación de las normas penales. La violación de derechos humanos, la acción indiscriminada contra civiles inocentes, fueron concebidas en este contexto general. Ello, a pesar de que los hechos materia de juzgamiento se ventilaron con base en la legislación anterior al nuevo Código Penal, como acciones terroristas y antes, desde luego, de entrar en vigencia el Estatuto de Roma en el ordenamiento interno. Providencia con radicado N.º. 18.499 del 25 de octubre de 2001, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla.

<sup>9</sup> Una institución absolutamente particular del caso colombiano y que refleja de manera esencial la incorporación de estatutos normativos del derecho internacional al derecho interno, ha sido la figura del delito político, en su versión del delito de rebelión. El delito de rebelión ha tenido en la historia del país un tratamiento privilegiado, que se ha expresado no sólo en la sanción con una pena mucho menor a la que se establece para el terrorismo o para expresiones del crimen organizado, sino que ha tenido como centro de imputación la noción de *combate* en el sentido más clásico del derecho de la guerra. Así, las acciones cometidas en combate absorben otras conductas, incluso el homicidio que por tradición ha quedado subsumido en la rebelión, de tal suerte no se ha aplicado el concurso material con este delito. Hoy en día, esta tradición, como se verá en el escrito, ha sufrido variaciones sustanciales que le dan una nueva dinámica a las decisiones de los jueces. Hoy no se acepta dicha subsunción y se aplica el concurso material con toda suerte de conductas, incluso aquellas que hacen parte de la dinámica misma de la rebelión como es el porte de armas, etc.

del enemigo. En el pliego de cargos, en abril de 1995, se acusó al sindicado por rebelión, terrorismo y homicidio con fines terroristas, de acuerdo con el decreto 180 de 1988 o denominado «Estatuto antiterrorista». El juez regional condenó al acusado a 22 años de prisión por los delitos mencionados.

La demanda de casación se basó en cargo único, «violación directa de la ley sustancial». A juicio de la defensa, se produjo una aplicación indebida del art. 1 de decreto 180, ya que, a su juicio, debió aplicarse el delito de rebelión y no el delito de terrorismo. El defensor alegó que, desde el punto de vista fáctico, se pretendió causar reveses militares al enemigo, y no crear zozobra en la población. A juicio de la defensa, no se violaron normas del derecho humanitario. Nótese que aún se juzgaba el caso con base en el Código Penal anterior, pero a lo largo del proceso de juzgamiento, se hicieron alusiones a preceptos internacionales. Aunque la legislación penal de entonces no reseñaba explícitamente las infracciones al derecho humanitario, el país era conciente de las leyes de la guerra. Durante la década de los 90s, en el país tuvieron lugar grandes discusiones sobre derecho humanitario, se interpretaron los alcances de su inclusión en la Carta Política del 91, se discutió la incorporación de los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra, etc. La consagración de esta normatividad en el nuevo Código Penal, es una consecuencia lógica de todos estos procesos.

El concepto de la Procuraduría está articulado sobre referencias al derecho humanitario. Concluye, la vista fiscal, que la acción, a pesar de dirigirse contra un establecimiento de la policía, por su situación en la ciudad y las consecuencias, y por «la perturbación de la tranquilidad de la ciudadanía a la que se sometió a un estado de transitorio terror», es constitutiva del delito sancionado, es decir, de terrorismo<sup>10</sup>. Luego, en su sentencia, la Corte hace referencias interesantes a la complejidad del delito de rebelión, en respuesta al casacionista que alega que el homicidio del agente hace parte integrante del delito de rebelión. La Corte deshecha el argumento del combate, articulado a la noción de complejidad, ya que a su juicio, se trató de una acción de sorpresa en plena ciudad, sin darse los elementos fácticos que dan lugar al combate clásico. La noción de combate es revisada y puesta en juicio por la Sala Penal, basándose ésta en los tratados internacionales. La Corte cita providencias anteriores (No. 11-837 de febrero de 1999; No. 12-661 de mayo 27 de 99), en las cuales ha definido la noción de combate: es una acción que «comporta un en-

<sup>10</sup> Vista fiscal, tomada de la sentencia de la Sala Penal de la Corte, con radicado No. 13-433 del 27 de agosto de 1999, p. 32.

frentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios (...) que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler»<sup>11</sup>.

La Sala Penal ahonda en los argumentos, hace referencia a las leyes de la guerra y establece que el derecho internacional humanitario, no es un mecanismo de autorización de cualquier acto, sino un catálogo de mínimos. Es una decisión que hace parte de una interpretación tradicional de estatutos reguladores de las confrontaciones armadas. Como se ha dicho, desde el siglo XIX debió entenderse que el derecho de gentes era un estatuto que limitaba las acciones en virtud de la confrontación. Hoy, el derecho humanitario, como su heredero legítimo, es también un estatuto que pretende acotar los efectos de la confrontación y no constituye una carta a *lunga manus* para la ejecución de toda suerte de actos a nombre de la confrontación. Se trata, además, de un estatuto limitador de las acciones estatales en el marco de los estados de excepción. Como decisión final, la Sala Penal deshecha los cargos de la demanda y confirma la sentencia del tribunal de segunda instancia<sup>12</sup>.

### 5.1. *Actos de «ferocidad y barbarie»: los aportes del derecho colombiano a la reflexión continental sobre derecho penal internacional*

Una de las providencias de la Sala Penal, tenidas en cuenta como antecedente por la providencia inmediatamente citada, es la sentencia con radicado No. 12.661 de 1999, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla. Ella es particularmente interesante, en la medida en que ella se ocupa de aquellas comportamientos que, desde el punto de vista del derecho comparado, han constituido el gran aporte del caso colombiano a la discusión sobre fórmulas de interpretación del penal internacional: los denominados «actos de ferocidad» y de «barbarie». En esta sentencia, la Sala Penal se ocupa de nuevo del fenómeno

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>12</sup> Los casos contenidos en las sentencias No. 12-661 del 99 y la 11-387 del mismo año, son igualmente paradigmáticos e importantes para entender el desarrollo jurisprudencial sobre estos temas, tal como se verá inmediatamente. De igual manera, se debe reseñar el caso en el cual la Corte actúa como juez de segunda instancia, en hechos similares al caso destacado. Casación N.º 12-051 del 25 de septiembre de 1996. Sobre ello se volverá más adelante.

de la complejidad del delito de rebelión y del fenómeno de la conexidad, de acuerdo con la manera tradicional cómo se había interpretado el delito político y la cláusula de exclusión de pena contenida en el Código Penal de 1980, y que recogía una tradición de muchos años en la historia jurídico-política del país.

El artículo 127 del Código Penal de 1980, con una cláusula de «exclusión de la pena», tanto para la rebelión como para la sedición, establecía lo siguiente: «Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo».

De esta manera y de acuerdo con la historia de Colombia, en la cual, desde el siglo XIX y especialmente ligado a la Constitución de Rionegro de 1821, se han incorporado estatutos normativos propios del derecho internacional de los conflictos armados, con el propósito de restar los efectos muy negativos de las guerras entre nacionales, y se han incorporado al derecho interno, estatutos ligados a la noción de combate y a la noción de combatiente en las guerras europeas clásicas, el combate, como acción de guerra por excelencia, absorbía otros delitos y se excluía entonces la pena cuando dichos delitos fueren precisamente cometidos en combate.

## *5.2. La sentencia de la Corte Constitucional de 1997 y los avatares del poder de definición*

En el estudio del artículo 127, adelantado por la Corte Constitucional en sentencia de 1997, no se fue muy notoria la alusión al origen de la norma, a su relación, como diversas normas de nuestro derecho público, con el derecho internacional de los conflictos armados; el énfasis de dio, más, en el hecho de ser considerada ésta una cláusula general de impunidad y de constituir esta norma una especie de amnistía general indiscriminada. La Corte se extiende en estas consideraciones y, como se dice, el fundamento mismo de la cláusula de exclusión, aparece inadvertido. La Corte aborda también el delito político en sí, y advierte que, no obstante, éste continúa vigente. En el salvamento de voto se dice de este punto de partida, en contravía de la tradición legislativa y jurisprudencial del país.

Para nuestro estudio, interesa de manera particular y ello es anterior a la providencia, la cláusula que a su vez excluye la cláusula de exclusión de la pena: se trata de las nociones de ferocidad, barbarie o terrorismo. Estas nociones fueron fruto de intensas disputas en la jurisprudencia y la doctrina, al mismo tiempo que, como se ha dicho,

ellas han constituido un aporte sustancial del caso colombiano al derecho penal internacional<sup>13</sup>.

Estas nociones han tenido importancia, desde luego, en relación con hechos anteriores a 1997, ya que actualmente, todos los delitos son concebidos de manera independiente y el delito de rebelión prácticamente en ningún caso es investigado y juzgado de manera autónoma, sino siempre en concurso material con diversos delitos; incluso aquellos que por mera estructura lógica, y en razón a que la rebelión no se da nunca en estado puro, le son inherentes, como es el caso del porte de armas o el uso de prendas privativas de las fuerzas armadas. Los casos que se reseñan a continuación, son casos fallados con base en la vigencia del artículo 125 que regulaba la rebelión y del artículo 127 del antiguo Código. Interesa aquí de manera particular estudiar los argumentos de la Sala Penal en función de la posible protección de los civiles en acciones ligadas al conflicto armado interno.

### 5.3. *La jurisprudencia y los actos de ferocidad y barbarie*

Tal como se dijo, el delito de rebelión fue interpretado siempre, antes de la sentencia de la Corte Constitucional de 1997, en el contexto del combate en sentido clásico del derecho internacional de los conflictos armados y, de esta manera, la muerte de otro combatiente, era considerada como la muerte de un combatiente enemigo y no como un delito independiente. Es decir, no era considerada como un homicidio en el sentido del tipo penal correspondiente. No obstante, cuando se tratara de muertes ejecutadas fuera de combate, de actos diversos contra combatientes rendidos, de torturas a los mismos, etc., el derecho público colombiano había desarrollado la noción de actos de *ferocidad y barbarie*, como actos que excluía la apli-

---

<sup>13</sup> En una reunión de trabajo del grupo de estudios latinoamericanos, al cual pertenece el autor de este escrito, sobre derecho penal internacional, celebrada en Montevideo en el mes de febrero de 2003, Kai Ambos, profesor alemán muy activo hoy en la discusión continental, subrayó este hecho y destacó cómo en el caso de Colombia, mucho antes que en los diversos países tuvieran lugar las reformas a los Códigos a partir del Estatuto de Roma, ya se contaba con una cláusula general de interpretación de los crímenes internacionales, en escenarios de conflicto armado. Incluso, hay que destacar que actualmente, dentro de los tipos penales que castigan infracciones al derecho internacional humanitario, el artículo 145 del Código Penal, incorpora los denominados «actos de barbarie». Estos actos se ligan a aquellos que de manera tradicional fueron concebidos por fuera de la rebelión. Los resultados de estas reflexiones conjuntas en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2004.



cación de la cláusula de exclusión de pena del artículo 127. Luego, con la consagración del delito de terrorismo, también se agregó este delito a la cláusula del artículo 127. Así, aquellos actos que hoy constituyen crímenes de guerra o, aquellos actos recogidos en el Código Penal vigente como infracciones al derecho internacional humanitario, fueron desde hace décadas recogidos en el caso colombiano en el marco general del delito político y del combate clásico, y fueron considerados como actos que en ningún caso podían subsumirse en el delito político.

En la sentencia reseñada de la Sala Penal de la Corte, con radicado No.12.661 de 1999, se constató el uso de explosivos por parte de rebeldes, y se constató que a dichos explosivos le fueron introducidos artefactos extraños y de gran peligrosidad, como tornillos, etc.. Es en este contexto que la Sala Penal asume el estudio de los conceptos de ferocidad y barbarie. En la tarde del 12 de febrero de 1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca a la central de abastos, estalló una bomba cuando transitaba una patrulla del Ejército Nacional y resultaron muertos un soldado y dos colegiales, mientras que resultaron heridos un capitán, el conductor de la volqueta que los transportaba y dos personas más. En este caso, la Sala Penal estableció lo siguiente: «El medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto».

Aquello que hoy podría evaluarse y adecuarse a algunos de los tipos penales sobre infracciones al derecho internacional humanitario, en función de la protección a los civiles, fue concebido por la Sala Penal como hecho constitutivo de acto de barbarie. En la providencia se reseña la vista fiscal en la cual se mezclan de manera todas las conductas sin técnica, se hace relación abstracta a la seguridad pública, al terrorismo, etc. Pero en la providencia, se busca más ajustar los hechos a crímenes en situación de conflicto armado, aunque también, cuando se revisó el cargo quinto de la demanda, la Sala hace referencia al terror y a al «temor intenso» de una manera global, general, sin contenido típico específico.

No obstante, como se dice, la Sala enfatizó el caso de los actos prohibidos y sancionados como crímenes de guerra o infracciones al derecho internacional humanitario. Todo ello, en la perspectiva citada de la ferocidad o barbarie, que es el tema central de la argumen-

tación de la Sala Penal. Debe aclararse que la Sala da cuenta de la decisión de la Corte Constitucional, pero aborda su estudio por tratarse de hechos cometidos con anterioridad a la misma<sup>14</sup>.

#### *5.4. El derecho de gentes como marco general de interpretación de las conductas*

De igual manera, en la providencia con radicado No. 12-051 del 25 de septiembre de 1996, con ponencia de Jorge Anibal Gómez Gallego, la Sala Penal estableció que «Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio...»

En esta última providencia se da cuenta de lo dicho anteriormente: la Sala Penal liga tres conjuntos de normatividades: la norma penal que hacía referencia a los actos de ferocidad y barbarie y, con ella, a los límites de la rebelión, a las normas del derecho internacional humanitario y a las normas del derecho de gentes. Ellas se mezclan desde luego sin una secuencia histórica como la que aquí se ha reseñado, pero reflejan claramente el hecho de que en nuestro país, estos tres ámbitos normativos han estado siempre ligados y han regulado de la mano las acciones producidas en combate y las acciones del conflicto armado. El derecho de gentes, como estatuto regulador de los impactos de las acciones ligadas a la confrontación, es concebido como un marco general de interpretación de la normas. Con él, su sucedáneo: el derecho internacional humanitario. En este caso, se trató de la activación de una carga de dinamita, en la ciudad de Medellín, lo cual le otorga un carácter específico a la acción, sobre todo por la posibilidad de generar consecuencias sobre los civiles. La carga explosiva se encontraba adecuada y preparada con metralla y otros elementos; ella no produjo la muerte o heridas de civiles, pero la

---

<sup>14</sup> Dice la Sala: «El artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación solicita el recurrente, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional el 23 de septiembre de 1997, al ser contrario a la Carta Política; sin embargo, como los hechos delictivos ocurrieron cuando estaba vigente, debe examinarse el reproche para determinar su posible violación y hacerle producir efectos ultractivos, si a ello hubiere lugar, por favorabilidad».

Sala Penal enfatiza los diversos daños que se ocasionaron en las edificaciones vecinas del sector.

### *5.5. El DIH: estatuto regulador de las acciones en conflicto y marco de aproximación a una paz posible*

En esta última providencia, la referencia a la protección de los civiles es clara, así como también lo es su necesaria protección en situaciones de conflicto armado. Incluso, la Sala Penal aborda el derecho humanitario desde una perspectiva filosófica y no meramente jurídica: «Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a mas de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internaciones y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de ‘hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico’ (‘Principios metafísicos del derecho’, p. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados».

La Sala Penal enfatiza, de esta manera, las exigencias que para todos los bandos surgen claramente de las normas humanitarias. De igual manera, y en relación con el análisis que se adelanta, la Sala confronta la noción de combate en un sentido clásico, así como también, asume el estudio del delito político y de su complejidad y el problema de la conexidad. Dice la Sala: «El problema que aquí se plantea no es si el delito político de rebelión subsume los delitos comunes estrechamente vinculados con él, que son necesarios para que la acción armada desplegada pueda cumplir los objetivos propuestos de derrocar al gobierno nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. O si tales hechos punibles son conexos o no

lo son con el de rebelión. No, podría admitirse de una vez que los homicidios y daños cometidos por el procesado Oscar Darío Amaya Castro están dentro de la línea de realización material del propósito político propio de su condición de insurgente; pero, en virtud de las connotaciones crueles e inhumanas de estos crímenes, el peticionario queda situado dentro de las prohibiciones del artículo 48, supuesto que se trata de un acto de barbarie».

Como se ve, la Sala reseña la jurisprudencia y la doctrina tradicional sobre la complejidad del delito y la conexidad posible, al asumir incluso la posibilidad de la muerte del combatiente, como parte subsumible en el delito. Pero, como se ha dicho, excluye dicha opción, en función de la noción de barbarie. Este argumento se refuerza así: «Son actos de ferocidad o barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio de la ciudad de Medellín —así es Robledo—, a una hora en que la concurrencia es mayor porque comienza la noche y terminan las jornadas de trabajo; a una población civil que se compungió con tan aterradora forma alevosa de atacar y darle muerte a un pequeño grupo de policías que, por ir de paso y en misión de relevos, ni siquiera tuvieron la oportunidad de pensar en la más escasa reacción».

### *5.6. Los amplios márgenes de interpretación de las normas en escenarios de conflicto*

Como se ve, el campo de comprensión de los actos de ferocidad o barbarie, era muy amplio y los jueces han tenido mucha flexibilidad para evaluar cuándo se ha cometido un acto de éstos. Pero ello constituía una forma de limitar los efectos de la guerra, cuando aún no se habían incorporado, no sólo en Colombia, sino en cualquier otro país, una normatividad relacionada con los crímenes de guerra. Se debe aclarar, además, que este marco tan extenso de interpretación de los jueces, se mantiene, ya que por ejemplo, diversos tipos penales ligados a las infracciones al derecho internacional humanitario en el Código Penal, son muy amplios y muy difíciles de concretar en la práctica. De hecho, es uno de los temas más debatidos hoy a nivel del derecho penal internacional. Para citar apenas un ejemplo, el artículo 154 del Código Penal se refiere a la «destrucción y apropiación de

bienes protegidos». Una de las condiciones para que se dé la conducta, es cuando la destrucción o apropiación tenga lugar «por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta». Pero, ¿cómo se mide esa ventaja militar concreta? Es un ejemplo, entre diversos otros, de la dificultad para la aplicación de estos tipos penales<sup>15</sup>.

### 5.7. *El secuestro contra civiles y la jurisprudencia penal*

En la sentencia de la Sala Penal con radicado No. 11837 del 4 de febrero de 1999, con ponencia de Fernando Arboleda, se abordó uno de los casos que constituyen ejemplos clásicos de delitos que no pueden ser concebidos en la órbita general de la rebelión: se trata del secuestro y sus variables más críticas, como es el secuestro extorsivo. Puede decirse, incluso, que al lado de la reflexión general sobre los delitos de lesa humanidad o de los delitos que hoy son concebidos como crímenes de guerra y que fueron tratados como actos de ferocidad o barbarie, el secuestro, como acto además generalizado contra civiles, ha sido rechazado reiteradamente como delito posiblemente absorbido por la rebelión. En ello ha existido claridad en la jurisprudencia.

Cuatro guerrilleros capturados reconocieron su participación de diversa índole en distintas acciones de secuestro adelantadas contra varias personas y llevadas a cabo como prácticas reiteradas contra civiles. A dos de los guerrilleros, les fueron imputados los delitos de rebelión, en concurso material con los delitos de secuestro extorsivo, extorsión, hurto calificado y agravado. Un Juzgado Regional de Medellín, mediante sentencia de 19 de octubre de 1994, condenó a los procesados a la pena principal de 8 años de prisión como autores responsables de los delitos de rebelión, secuestro extorsivo, y extorsión, conforme a las imputaciones formuladas en la resolución acusatoria, pero con aplicación de los artículos 268, 270 y 355 del Código Penal, y los absolvió por los delitos de hurto calificado agravado e infracción al artículo 19 del Decreto 180 de 1988 (uso de prendas militares), cargo éste último que el fiscal omitió incluir en la parte resolutive de la providencia acusatoria, no obstante haber sido estudiado y anunciado en sus consideraciones.

---

<sup>15</sup> Un estudio de estas normas, en el marco general de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, en: Alejandro Aponte, Informes nacionales. Colombia, Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2004, pp. 217 y ss.

Como dice la Sala Penal, «Sometido este fallo al grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora recurre en casación la defensa, condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de 28 años de prisión y multa de un mil doscientos salarios mínimos, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables de los delitos de rebelión (...), secuestro extorsivo y, extorsión».

Éste fue el fallo recurrido que, como se ve, aumenta la pena de 8 años a 28. Ello tiene su origen en la introducción, por vía de excepción, de modificaciones a las normas, como ha ocurrido siempre en la historia del país. A través de estas modificaciones se van aumentando las penas para los delitos, se introducen variaciones en las mismas conductas, se introducen circunstancias de agravación, etc. Toda la justicia regional, denominada «justicia sin rostro», estuvo en su momento caracterizada por un caos profundo en la legislación que competía a los jueces regionales. En cualquier caso, estima la Sala Penal: «Las modificaciones punitivas introducidas al fallo consultado estuvieron determinadas por la aplicación de las penas señaladas en los Decretos 2790 de 1990 y 2266 de 1991 para el delito de secuestro, incomprensiblemente desconocidas por el juzgador de primer grado, quien partió de las previstas en el original artículo 268 del Código Penal».

El cargo básico contra la sentencia del Tribunal Nacional, consistió en alegar «interpretación errónea de las leyes aplicadas», toda vez que el demandante consideró que «el comportamiento descrito por la norma (rebelión) contiene las demás conductas por las cuales fueron juzgados los procesados».

En la vista fiscal, se aborda con mucha consistencia el ámbito de interpretación de las normas que, en el contexto internacional, regulan los conflictos armados. Más concretamente, la noción de combate. Así, dice la Procuraduría General de la Nación en su concepto: «A la luz del derecho internacional humanitario, el término combate hace relación a un choque armado entre combatientes, es decir, se le da tal categoría a los enfrentamientos suscitados entre miembros de las fuerzas armadas constitucionales y los guerrilleros o grupos disidentes. De esta manera, toda acción en la que se utilicen las armas como medio de enfrentamiento, es admitida como posible, pues los combatientes tienen la categoría de blanco legítimo».

Éste es el principio general, según la vista fiscal. Luego, se introducen las excepciones: «En estas circunstancias, es de entenderse que la población civil no hace parte de las fuerzas sediciosas ni gubernamentales, y que no forma parte de ese combate, razón por la cual no puede ser tenida como blanco legítimo, ni las acciones dirigidas en su contra

catalogadas como propias de un combate». La advertencia de la Procuraduría se dirige hacia todos los combatientes, tanto los irregulares —materia específica del caso— como a las fuerzas gubernamentales.

De acuerdo con ello, se agrega: «Distinta es la situación que se presenta en la retención de combatientes, como el conocido caso de los soldados de las Delicias, pues este hecho, a la luz de las normas que regulan los conflictos, sería legítimo como acción de guerra, a condición de que se hayan respetado las normas del derecho internacional humanitario. En estos eventos y bajo dichas condiciones, 'no podría hablarse de un delito de secuestro que debe ser sancionado de manera autónoma a la rebelión', porque entonces sí cabría, salvo excepción legal, la exclusión de pena prevista en el artículo 127 del Código Penal». Se concluye, finalmente: «Dada la naturaleza del delito de rebelión, es de entender que en su desarrollo se puedan vulnerar normas que describen conductas típicas relacionadas con el logro de sus objetivos. Por esto no se penaliza el porte de armas; el porte de uniformes y prendas de uso privativo de las fuerzas militares; los hurtos de armas; y, en fin, lo que implique compromiso con la lucha que se adelanta. Pero la afectación de bienes jurídicos como la libertad individual y la autonomía personal de los ciudadanos no involucrados en el conflicto, no puede considerarse parte integral del delito político, ni como hecho conexo jurídicamente con éste, ni como comportamiento que, según las razones de política criminal que inspiran la medida, deba quedar exento de sanción».

La vista fiscal se mueve en el contexto general a partir del cual, en la historia del país, se ha concebido la noción de combate, el delito de rebelión, su carácter complejo, la conexidad material. Hoy, todas estas nociones han sufrido grandes transformaciones, y se abordan de una manera totalmente diferente. La sentencia de la Corte Constitucional de 1997, propició en gran medida estos cambios.

Las consideraciones de la vista fiscal, también constituyeron en el caso reseñado, el centro de la argumentación seguida por la Sala Penal, aunque ésta es más severa en sus consideraciones. La Sala Penal enfatiza la posición de la población civil: «El combate a que se refiere el artículo 127 del Código Penal, presupone un enfrentamiento armado entre combatientes, una acción militar de carácter regular o irregular contra el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio, pues no es sólo la condición de rebelde de quien ejecuta el acto delictivo lo que exonera de penalidad su acción, sino la circunstancia de haber cometido el hecho en el contexto de una confrontación armada con las fuerzas del Estado». De esta manera entonces: «Las acciones delictivas de los subversivos contra personas civiles ajenas al

conflicto, no constituyen actos propios de combate, en cuanto la población civil, como lo destaca el Procurador en su concepto, no tiene la condición de combatiente, ni puede ser considerada objetivo militar por quienes pretenden el cambio del establecimiento»<sup>16</sup>.

La Corte confirma la sentencia impuesta por el Tribunal Nacional, pero rebaja la pena a 24 años, atendiendo a consideraciones sobre la punibilidad de estos delitos.

Es de anotar, siendo éste un problema inherente al caos suscitado por las legislaciones penales de emergencia, que ninguno de los jueces que atendieron el caso, desde la primera instancia, supo a ciencia cierta cuál era la pena que correspondía. La Sala Penal adelantó una serie de consideraciones, llamó la atención al fallador inicial, pero tampoco el Tribunal Nacional supo exactamente cuáles eran las penas. En relación con ello, se debe aclarar lo siguiente: toda la legislación penal de emergencia, dictada al amparo del antiguo estado de sitio, con

---

<sup>16</sup> En la providencia con radicado No. 12.108 del 26 de febrero de 2001, con peticiones de Jorge Córdoba Poveda, también se trabajó el problema del concurso material entre rebelión y secuestro extorsivo; además de abordarse el problema del terrorismo. Un comandante de un grupo guerrillero fue condenado, en sentencia del año 1995, a 30 años de prisión por el Tribunal Nacional y en razón a los delitos mencionados. La demanda se presentó por diversos cargos, uno de ellos, por falta de defensa técnica. (Es de anotar, al respecto, que durante el proceso, particularmente en la etapa de investigación, la defensa fue casi nula; ella se dejó en manos de un defensor de confianza, que no sustentó los recursos, etc.). En este caso, y siendo éste el tema que se desea enfatizar, la vista fiscal aborda la noción de combate; recuerda, respecto del artículo 127 del Código Penal vigente en ese momento, la noción de «conexidad sustancial», que «predica la convergencia en el delito de rebelión de todos los reatos que se enfilan a la teleología y fines propuestos con la insurrección». Pero, como lo reseña la Sala Penal, y según la vista fiscal, no hay razón en el censor, pues «la exención punitiva a la que se refería la norma citada, partía de la presencia de la figura del combate, situación que no puede ser vista generalizadamente, pues sería tanto como confundir el género con la especie». Anota que la confusión del censor radica en pretender caracterizar como combatiente a todo subversivo o «sedicioso», por el sólo hecho de pertenecer a un grupo insurrecto». Siguiendo esta línea de argumentación, la Sala Penal concluye lo siguiente: «No es cierto que todos los punibles conexos con la rebelión, como el terrorismo y los delitos de lesa humanidad, como el secuestro, sean actos de combate, sino que, como lo ha dicho la Sala, «esta expresión no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador». Nótese, como se ha dicho, que la Sala hace relación a la noción de delitos de lesa humanidad, a pesar desde luego de no hallarse ellos aún tipificados en el orden interno. Se trata de una alusión al derecho internacional que ha sido recurrente en la jurisprudencia. La Sala penal confirmó la sentencia y rebajó la penal a 29 años y 9 meses de prisión.



la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, automáticamente quedaba sin vigencia. Pero, luego de un proceso complejo en el cual intervino el denominado «Congresito» o Asamblea legislativa especial, que se ocupó de la posible inconstitucionalidad de diversas normas anteriores de emergencia, numerosas disposiciones quedaron amparadas por una constitucionalidad sobreviviente y fueron estas normas aquellas que conformaron la denominada Justicia Regional.

No obstante, el caos fue manifiesto, tanto en el derecho penal material, como en el especial y, de manera particular, en el derecho procesal penal, ya que el Código de Procedimiento Penal de 1991 introdujo parágrafos con tratamientos especiales para delitos y delincuentes especiales, es decir, para aquellos juzgados en la justicia regional o justicia sin rostro, que no siempre se interpretaron de una manera consistente. Desde el punto de vista de la tipicidad, era muy difícil saber qué normas aplicar, ya que se trataba de tipos penales abiertos, difusos, con remisiones a otros, con penas diversas y contradictorias, etc. Todo ello se manifiesta en estas providencias, donde hay dificultad en la tipificación de las conductas y, desde luego, en las penas que se deben imponer. El principio de legalidad sufre en estas circunstancias un desconocimiento manifiesto en las legislaciones penales de emergencia, pero ello es expresión simple de la lógica con que actúa en la práctica el derecho penal político.

Estas cuatro providencias aquí reseñadas, constituyen un núcleo de decisiones de la Sala Penal en función de los límites de las acciones producidas en el escenario del conflicto armado. La sentencia de 1996, es citada de manera reiterada por providencias posteriores, mientras que las diversas sentencias del año 1999, se citan unas a otras y entre todas cierran, por decirlo de esta manera, una época de interpretación de disposiciones muy complejas y que expresan una tradición del derecho público interno colombiano, asediado por las relaciones entre guerra y derecho. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte, posteriores, sobre todo aquellas que se reseñarán a continuación, del año 2006, representan otra época, otra manera muy diversa de acercarse a los fenómenos comentados.

## **6. Las providencias más recientes: nuevas concepciones en torno del conflicto y sus actores**

A continuación se adelantará un análisis de las providencias más recientes de la Sala Penal de la Corte, en las cuales se abordan los temas tratados desde una perspectiva muy diferente: ya el debate no es sobre la posible confluencia o no de diversos actos relacionados con

el combate en sentido clásico, ni sobre aquellos delitos que deben situarse fuera de la dinámica misma de la rebelión; ahora, las posturas jurisprudenciales se radicalizan: de la discusión sobre la muerte en combate como acto posible de ser absorbido por la dinámica estructural de la rebelión, se pasa a la sanción independiente de esa muerte, incluso como homicidio agravado, cuando se produce la muerte en combate de miembros de las fuerzas armadas en tanto funcionarios públicos. O, también y esto es recurrente en las instancias, se agregan fines terroristas a la acción, en su versión de homicidio con fines terroristas o lesiones personales con fines terroristas, etc. En estas condiciones, ya no sólo la muerte del combatiente, es decir, del soldado por ejemplo, deja de ser concebida como posible acto ligado al combate, sino como circunstancia de agravación. Ya no es incluso el mero homicidio simple, antes absorbido por el delito político, sino un homicidio agravado.

### *6.1. De las muertes en combate al homicidio agravado*

Es muy interesante la disputa jurídica que se da hoy, frente a estos cambios radicales, en sede de casación. Por ejemplo, en la providencia con radicado No. 23.897 del 26 de enero de 2006, con ponencia del magistrado Mauro Solarte, al ser demandada la sentencia de segunda instancia dictada el veinticuatro de junio de dos mil cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la cual se condenó a los procesados a la pena principal de veintiocho (28) años de prisión por el concurso de delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio y rebelión, la vista fiscal enfatiza el elemento estructural de la rebelión: el combate. Los hechos son los siguientes: dos guerrilleros fueron capturados después de un combate con el ejército en el cual se dio muerte a miembros de las fuerzas armadas. Los procesados fueron condenados en primera instancia a 28 de prisión por el concurso entre rebelión y homicidio agravado, por tratarse de miembros del ejército. En segunda instancia se confirmó el fallo en su integridad.

Debe aclararse, que el caso llegó a casación, en virtud de la interposición de recurso por parte del Ministerio Público y no respecto de todos los procesados, ya que algunos de ellos no interpusieron el recurso a través de abogado titulado, lo cual, como dice la Sala Penal, «implica la deserción automática del recurso con respecto a ellos». (Como se ha dicho con anterioridad, es notoria de manera general la precariedad de la defensa técnica en estos casos. No se fundamentan los recursos, se interponen y se dejan ellos a la deriva, no se advierten

las contradicciones posibles en las decisiones, etc. Incluso, como en este caso, es el Ministerio Público el accionante).

La demanda se presentó con un único cargo: aplicación indebida del artículo 104.10 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del artículo 103 de la misma Ley. Es decir, según la demanda, no se trató de homicidios agravados, sino de homicidios simples, ya que dentro de la lógica de la rebelión —aún se discute este tipo penal que, como se ve, es de muy difícil aplicación práctica hoy—, es clara la posibilidad de dar muerte en combate al servidor público.

El demandante acepta que ya no se puede discutir la posible complejidad del delito, ni la conexidad, después de la sentencia de la Corte Constitucional de 1997, pero insiste en que sus clientes han cometido homicidios, pero no de carácter agravado, sino homicidios simples, por eso pide la aplicación de ese tipo penal.

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

También hace relación la Sala a la antigua noción de actos de ferocidad o barbarie y concluye que de los hechos del caso no se deduce que ellos hubieran sido cometidos en estas circunstancias: «...los restantes delitos realizados, en este caso fueron cometidos *en combate* por los insurgentes y no existe evidencia de que los mismos constituyeran actos de *ferocidad, barbarie o terrorismo*, conforme la previsión al efecto contenida en el hoy en día separado del ordenamiento jurídico artículo 127 del Código Penal de 1980». No obstante, agrega la Sala: «a partir de la declaratoria de inexecutable del aludido precepto, el contenido de la decisión del órgano de control constitucional y la no inclusión de una disposición similar en la Ley 599 de 2000 que reemplazó el anterior Código Penal, no admite discusión alguna que los comportamientos delictivos realizados por los rebeldes que no sean elementos o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, en combate o fuera de él, deben, sin excepción, recibir el tratamiento de los hechos punibles concursales, como así ha sido declarado por esta Corte».

La Sala Penal hace esfuerzos por establecer cuáles serían los elementos constitutivos de la rebelión y, en este esfuerzo, establece que la rebelión no significa siempre combate y, cuando lo es, no se concreta necesariamente en otros combatientes. Es decir, no se concreta necesariamente en miembros del ejército. Ésta había sido la base de la fundamentación del cargo por parte del demandante: acepta que en la rebelión pueden tener lugar diversos actos, pero que la esencia de la misma es el combate y éste, por fuerza, se concreta en otros combatientes.

Pero según la Sala, si la rebelión no entraña combate necesariamente, cuando se concreta una muerte en combate de miembros del ejército, debe aplicarse la causal de agravación punitiva. La Sala Penal sigue los argumentos, circulares y repetitivos sin mucha fundamentación, presentados en la vista fiscal.

Como se ve, la decisión de la Sala no se refiere a la posición de los civiles, pero se reseña aquí esta providencia, como un hecho fundamental para entender la dinámica de la jurisprudencia en escenarios de alta conflictividad; también se reseña, con el propósito de confrontarla con otra sentencia del 15 de febrero de 2006 y observar el «estado del arte» en la discusión jurisprudencial actual en esta materia.

## 6.2. *Un debate serio y fundamentado: la providencia de febrero de 2006*

En esta última sentencia reseñada, con ponencia del magistrado Edgar Lombana y aprobada mediante acta No. 014, aparece de nuevo la figura del tercero civil en escenarios de conflicto armado, al mismo tiempo que vuelve a tener lugar el estudio de la comisión de diversas conductas en concurso con el delito de rebelión. En este caso y siendo ello, tal como se ha visto aquí en esta reseña de numerosas providencias, un hecho muy raro, sí se produjo sentencia contra un sujeto por rebelión sin concurso con otros delitos, mientras a una guerrillera le fue impuesta pena por rebelión en concurso material con secuestro y homicidio agravado (dentro de esta nueva visión del combate que existe hoy en la jurisprudencia de la Sala Penal).

Pero aquí el homicidio que se discute, fue el homicidio con fines terroristas, como lo fue por lo menos imputado en primera instancia (ello, rechazado luego severamente por la Sala Penal de la Corte en su sentencia).

El caso se presentó de la siguiente manera: luego de un crudo combate fue muerto un soldado, fueron heridos otros miembros de la fuerza pública y resultaron muertos numerosos guerrilleros. La ac-

ción del ejército se programó con suficiente anterioridad y se pretendió tomar por sorpresa a la guerrilla. Con posterioridad a las acciones de combate, en un vehículo conducido por la guerrilla, se encontró un civil que había sido secuestrado. De igual manera, en un lugar cercano a los hechos, fueron encontrados varios sospechosos, entre ellos una mujer herida y dos hombres que fueron vinculados al proceso. Uno de ellos fue dejado en libertad y la etapa de instrucción continuó en relación con los otros capturados.

La situación jurídica de los implicados fue resuelta en decisión del 25 de mayo de 2000 con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de rebelión, secuestro extorsivo, homicidio agravado por la finalidad terrorista, y lesiones personales agravadas, también por la finalidad terrorista, en contra de los dos guerrilleros, en calidad de coautores. Tal como se establece en la providencia, «en la etapa del juicio se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y otras de oficio, procediéndose después de culminada la audiencia pública a proferir fallo de fondo mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado, a partir del proveído mediante el cual se ordenó el cierre de la investigación». En consecuencia y de acuerdo con al nulidad, se decidió lo siguiente en primera instancia: se condenó a la mujer a la pena principal de 26 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautora de los delitos de homicidio agravado por la condición de servidor público de la víctima (art. 104-10 de la Ley 599 de 2000), secuestro simple y rebelión». Mientras tanto, el otro sindicado fue absuelto por los ilícitos contra la vida y la libertad personal, y se le condenó únicamente por el delito político. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior.

La demanda de casación se presentó con base en diversos cargos. Nos interesa destacar aquí, el cargo relacionado con nuestra línea del análisis: el actor alega violación directa de la ley sustancial, en relación con la aplicación del numeral 8, del artículo 104 del Código Penal. El casacionista cuestiona la calificación de terrorista que se le dio a su cliente, en los hechos investigados, y desarrolla una argumentación en torno del combate, para también cuestionar, de manera general, el hecho de castigarse como homicidio agravado una acción de combate.

Interesante es destacar, desde el punto de vista de la fundamentación de la demanda que, a diferencia de una gran mayoría de casos en los cuales la defensa ha sido tan pobre y con falta absoluta de argumentos, en este caso el demandante es recursivo y trata de desligar las acciones de combate en la lógica del conflicto armado, de las

meras acciones dirigidas contra civiles indefensos. Así, frente al argumento de considerar siempre como acción terrorista una acción con uso de armas, sostiene: «El sustento del fallo en tales términos, es un *«exabrupto»*, puesto que con la misma lógica también habría que afirmar que como el Ejército usa armas, también actúa con fin terrorista». Lo contrario, agrega el casacionista, «sería si el uso de las armas se hiciera en contra de la población civil y en ataques indiscriminados, independientemente de quien incurra en tal comportamiento: ejército oficial o fuerzas insurgentes. Pero si el uso de esos mismos elementos se realiza entre estos ejércitos en confrontación con respecto a las reglas del DIH y acatando las costumbres de la guerra, jamás podría alegarse fin terrorista». A juicio del actor, la sentencia debió tener lugar frente al delito de homicidio simple y no agravado o con fines terroristas.

### **6.2.1. La vista fiscal: el derecho internacional como marco de interpretación general de las disposiciones normativas**

Por su parte, la vista fiscal apoya estas consideraciones y, a juicio del Ministerio Público, este cargo debe prosperar. Su primera argumentación se dirige a desvirtuar la existencia de una acción terrorista, por el hecho de haberse usado armamento y de haber existido una acción de combate. Desliga el combate de las acciones terroristas. Así, como lo reseña la providencia, «Lo anterior, dice la Delegada, demuestra que el Ejército tomó por sorpresa a los subversivos, y en esas condiciones se presentó el enfrentamiento armado; teniendo los primeros la oportunidad de repeler el ataque, en cuyo desarrollo fue dado de baja un soldado, sin que pueda en esas condiciones predicarse finalidad terrorista, y tampoco ánimo de causar pánico y zozobra a la sociedad civil».

Lo más interesante para nuestro análisis, es que la vista fiscal se detiene en consideraciones muy apropiadas sobre el derecho internacional humanitario, sobre los estatutos normativos atinentes a la noción de conflicto armado y su regulación, sobre las leyes de la guerra. En relación específica con la noción de combate y de combatiente, agrega: «la expresión 'combatiente' incluye tanto al Estado colombiano como a todos los grupos irregulares, pues combatiente es un vocablo relacionado con el conflicto y, por tal razón, caben allí la insurgencia, los grupos de autodefensa y las fuerzas armadas. La guerra no posee calificativo diferente a la de combatiente».

Frente a los nuevos dilemas que surgen a la aplicación de las normas, luego de la sentencia de la Corte de 1997, agrega la vista fiscal:

«los hechos que en esta oportunidad motivan este concepto, obligan a considerar la permanencia jurídica del ‘homicidio en combate’, no para revivir la norma con la modalidad de delito complejo, sino para diferenciar los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos en combate, o en desarrollo de un enfrentamiento armado entre la Fuerza Pública y los grupos subversivos al margen de la ley, del homicidio con fines terroristas o con ocasión de actividades terroristas (art. 104 numeral 8.º del C.P), e incluso del homicidio en ‘persona protegida’ (art. 135 del C.P.), todos ellos con elementos propios, que de acuerdo con las circunstancias fácticas, permitirían el concurso». Solicita, entonces el Ministerio Público, la aplicación del tipo penal de homicidio simple.

### **6.2.2. La decisión de la Sala: equilibrios de la fundamentación jurídica en escenarios politizados**

La Sala Penal, en su decisión, asume una metodología interesante: reúne tres de los cuatro cargos formulados, que serán improcedentes; no les da una solución rápida, los asume con detención, incluso a pesar de su impropiedad técnica. Luego, se detiene en el tercer cargo, bien formulado por el actor y respaldado con sólida argumentación por la delegada de la Procuraduría General de la Nación.

El primer hecho interesante de la providencia, radica en que la Sala Penal acusa a la misma resolución de acusación, desde este mismo momento, de no probar ni fáctica ni jurídicamente el fin terrorista que se suma como circunstancia de agravación del homicidio. La Sala Penal llama así la atención sobre la improcedencia de acusaciones infundadas y abstractas en relación con el terrorismo, cuando éste funciona más como una acción totalizante, como un agregado a conductas que hacen relación a la situación de conflictividad del país. Por esa razón, destaca la procedencia de la declaración de nulidad que hace el fallador de instancia en relación con el fin terrorista —recuérdese que para este fallador, la agravación punitiva se dio en función del sujeto pasivo de la conducta y desvirtuó el fin terrorista<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Dice así la Corte: «No obstante lo anterior, el Juez de primer grado entendió que no era la finalidad terrorista la que concurría como circunstancia específica que agrava el homicidio, sino la calidad de servidor público que tenía la víctima. Así lo hizo notar en las consideraciones expuestas para declarar la nulidad de la resolución acusatoria en lo relacionado con los delitos de lesiones personales, también agravadas por la finalidad terrorista, y que a juicio de dicho funcionario, debieron calificarse como un homicidio agravado, por la calidad del sujeto pasivo del delito, en grado de tentativa».

La Sala Penal, con insistencia y en tono enérgico contra la decisión del Tribunal, considerada pobre y lacónica, agrega la improcedencia de acusar en abstracto, como finalidad terrorista, hechos producidos en combate y ligados a acciones armadas. La Sala llama la atención sobre la falta de correcta adecuación típica. Dice la Corte: «El Tribunal, sin embargo, sin considerar la falta de congruencia que al respecto presentaba la decisión de primer grado, pues el defensor alegó que no podía atribuirse la finalidad terrorista como circunstancia que en este caso agrava el delito de homicidio, en lacónica y pobre argumentación se limitó a afirmar que la finalidad terrorista era predicable»<sup>18</sup>.

La Sala, además del error técnico propiamente dicho, relacionado con la improcedencia de la causal 8 del artículo 104 del Código Penal, acusa al Tribunal de un uso descontextualizado de decisiones de la misma Sala: hay una preocupación por organizar los antecedentes y restringir las argumentaciones vacías en torno del terrorismo. (La Sala expresa por ejemplo lo siguiente y a propósito del Tribunal: «Esa conclusión tomada a la ligera y con base en una jurisprudencia de la Sala aplicada fuera de contexto, es desde todo punto de vista equivocada como se verá más adelante»).

### 6.3. *Derecho internacional y conflicto armado interno*

La Sala se ocupa, con la vista fiscal, de la revisión de la doctrina internacional. Ello, no sólo con el fin de dilucidar las características atribuibles al combate, sino para restringir la aplicación de normas sobre el terrorismo —como es el caso del homicidio con fines terroristas— en acciones propias del conflicto armado interno. Para esto, y téngase en cuenta que la Sala decide en el mes de febrero de 2006, los jueces que la componen, parten de un reconocimiento, incluso puramente fáctico: «Para comenzar, debe precisarse que en nuestro

---

<sup>18</sup> Para la Sala, este sólo hecho, debía dar lugar a la inaplicación de la circunstancia de mayor punibilidad: «Adicionalmente, y teniendo en cuenta los términos en que fue proferida la resolución acusatoria, en este específico caso no era posible condenar (...) por el delito de homicidio, y menos por la circunstancia relacionada con la actividad terrorista». La Sala considera entonces que tanto la primera como la segunda instancia, cometieron grasos errores al fallar. Como se ve, varios de los casos aquí reseñados, son casos típicos de las fronteras entre el terrorismo y la rebelión, tema hoy cada vez más importante, sobre todo respecto de la criminalización indiscriminada en función del terrorismo, hecho éste presente en Colombia desde hace años, pero que actualmente se ha agudizado en el discurso gubernamental y en la práctica.



país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables». En seguida, y en el contexto en el cual se revela hoy la mayor importancia del derecho internacional humanitario —propiciar acercamientos entre los actores en conflicto— la Sala agrega: «razón por la cual el Estado Colombiano se ha dado a la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no sólo para procurar una mayor protección de la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la Constitución para el logro de la paz».

El juez penal se asume, a sí mismo, como partícipe directo de la *actualización* necesaria del Estado en las leyes de la guerra, en función de los objetivos más fundamentales del derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, la Corte recoge aquí la más cara tradición del derecho público colombiano, en la cual las circunstancias propias de la guerra que, en un principio estaría situadas por fuera del derecho, han tenido que ser, no obstante, y por fuerza de las circunstancias, adaptadas a un lenguaje normativo. En la cita anterior, se resume la tradición enunciada: desde el derecho de gentes como estatuto regulador y limitador de los efectos de la conmoción interior o de la guerra, al derecho internacional humanitario como fuente no sólo de humanización de la confrontación y estatuto limitador de sus efectos, sino como una fuente de aproximación entre las partes en función de la posible pacificación.

La Corte ahonda en las características del derecho internacional humanitario, reagrupa sus normas, destaca el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, abunda en la argumentación, destaca las características del principio de distinción, confronta las acciones de terrorismo en función de las leyes humanitarias y vuelve a la noción de combate. Considera, finalmente, que la acción, en el caso concreto, se debe entender como combate en el sentido clásico de este concepto. (Fundamento No. 7 de la providencia). En consecuencia, decide la Sala «casar parcialmente el fallo impugnado retirando la circunstancia de agravación deducida en el pliego calificadorio y ratificada por el fallo de segunda instancia, para en su lugar condenar a la procesada (...) por el delito de homicidio simple, en concurso con las infracciones contra el régimen constitucional y legal y la libertad individual». Luego de dosificar la pena, sustituye la pena impuesta de 26 años, por la pena de 13 años 6 meses y 7 días de prisión.

## 7. El Estado, sus agentes y la posición de los civiles en escenarios de conflicto armado

Al adelantarse un rastreo de las sentencias de la Sala Penal de la Corte, contrasta el número de decisiones tomadas cuando están de por medio aquellos actores considerados tradicionalmente como delincuentes políticos, con aquellas decisiones que, en relación con el conflicto armado y los civiles, toma la Sala cuando se trata de actores estatales involucrados en acciones contra los civiles<sup>19</sup>. Éste es un capítulo extremadamente complejo que merece un trabajo especial que excede los límites del presente.

El tema ha sido ubicado en el contexto general de los derechos humanos, de la violación masiva de los mismos y de la existencia de cifras insostenibles de impunidad frente a estas acciones. Además, se trata de casos en los cuales han estado involucrados otros actores de la guerra y que se hallan inmersos en la extrema conflictividad del país, denominados grupos de autodefensas o grupos paramilitares. Los casos que involucran actores estatales, por acciones o por omisión —que son numerosos cuando se han presentado acciones masivas contra civiles desarmados— están marcados por extremas dificultades en su instrucción y juzgamiento; son casos en los cuales los conflictos de competencia entre la jurisdicción civil y militar, generan problemas estructurales de juzgamiento y hacen que la reconstrucción jurídico-penal de los hechos sea virtualmente imposible.

Existen esfuerzos institucionales por impulsar la investigación y juzgamiento de estos casos, por ejemplo, desde hace unos años existe a instancia del programa de derechos humanos de la vicepresidencia de la república, un intento por impulsar, con base en un trabajo institucional conjunto, un número de casos que ya en el año 2001, se estimaba cerca de 100, y en relación con los cuales no se han producido decisiones esperadas. En el marco general de la impunidad respecto de violaciones masivas de derechos humanos y con apoyo agen-

---

<sup>19</sup> De todas maneras, este hecho insoslayable, debe hoy matizarse, pues se percibe, particularmente en los últimos dos o tres años, que un número mayor de casos en los cuales han estado involucrados miembros de las denominadas «Autodefensas», han llegado al sistema penal. La Unidad de derechos humanos de la Fiscalía, así como los jueces especializados, conocen hoy más de estos delitos y varios miembros de estos grupos irregulares, han sido sancionados. En cualquier caso, hay un gran déficit de persecución de aquellas conductas que hoy constituyen crímenes internacionales y que están reguladas en el Código Penal vigente. Una aproximación a este fenómeno ha hecho el autor, a instancia de la quinta reunión de trabajo del grupo latinoamericano de derecho penal internacional, celebrada en Bogotá en el mes de marzo de 2007. La versión escrita de la ponencia será publicada en el mes de enero de 2008.

cias internacionales, se ha trabajado, con resultados muy precarios, en esta dirección. De manera particular, y en el ámbito disciplinario, la Procuraduría General de la Nación ha avanzado en un proceso de esclarecimiento de hechos tan complejos, también han existido esfuerzos de la unidad de derechos humanos de la Fiscalía General de la Nación. Pero, como se dice, las decisiones a nivel del máximo juez penal, son mínimas. Son casos, como se verá en el ejemplo siguiente, que recorren durante años las instancias judiciales, con toda clase de tropiezos.

Las sentencias que contra nuestro país ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales se han juzgado masacres contra civiles, torturas, desapariciones forzadas, algunas de ellas muy recientes, y los casos que están en el Sistema, cerca de 80 casos, reflejan la dimensión de esta terrible realidad. Expresan, además, las inmensas dificultades que por un sinnúmero de razones, ligadas muchas de ellas a la situación de conflicto armado interno que soporta el país desde hace décadas, tiene la administración de justicia penal en el juzgamiento de estos delitos en el orden interno. Como se dice, el tema exige un análisis propio, pero aquí se reseñarán algunas decisiones interesantes que dan cuenta de lo dicho.

### *7.1. Dificultades en el proceso de aplicación de la norma penal*

Se reseña aquí un caso fallado mediante sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de octubre de 2001<sup>20</sup>. El caso se refiere a hechos ocurridos en el municipio de Segovia, departamento de Antioquia, en el mes de noviembre de 1988. En este municipio existía incertidumbre, ya que en la zona, en ese mismo año, había tenido lugar homicidios múltiples e indiscriminados contra civiles, en casos respecto de los cuales ha existido amplia atención y preocupación internacional. La atención se ha dado, entre otras razones, por hallarse involucradas entre las víctimas, personas pertenecientes a un grupo político que ha sufrido una feroz persecución.

---

<sup>20</sup> Un caso de estos es importante, en la medida en que refleja todo el recorrido que por años, hasta llegar por vía de casación ante la Corte Suprema, puede sufrir un proceso judicial relacionado con acciones contra derechos humanos. No parece factible, para apenas constatar unos mínimos de duración, que un caso de estos llegue a ser fallado en un tiempo menor de 10 años. Ya se había citado este caso, en la nota a pie de página No. 7, en el contexto de la apelación a la noción de delitos de lesa humanidad, sobre todo por parte de la vista fiscal, como ámbito general de interpretación loable para la aplicación de las normas del derecho interno.

Son los casos conocidos como las masacres de las fincas «Honduras», «La Negra» y la «Mejor Esquina».

Como se señala en la sentencia, los hostigamientos a la población civil se recrudecieron «con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988 (...) de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etc., ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado»<sup>21</sup>.

Según se establece en la providencia, se denunció que ninguna autoridad acudió, por más de una hora, en auxilio de la población. Por dicha razón fueron vinculados a la investigación 6 miembros de la fuerza pública, además de ser vinculados 5 civiles, acusados de pertenecer a grupos paramilitares. Después de 10 años, y luego de cubrir todas las peripecias propias de la legislación antiterrorista, aplicada en este caso y que fue recogida por decretos especiales luego de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política en 1991, fueron sentenciados diversos sujetos activos de las conductas. El juzgado regional, que en esa época hacía parte de la denominada «justicia sin rostro», mediante fallo del 31 de marzo del 98, condenó a cinco sujetos como coautores del delito de terrorismo a 18 años de prisión; condenó como coautores de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales con fines terroristas, a la pena de 30 años a tres sindicados más. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Nacional<sup>22</sup>.

Como se ve, la tipificación es compleja en la medida en que se aplican diversos tipos penales, incluido el terrorismo y otras acciones ligadas al mismo, en concurso con concierto para delinquir, y otras conductas. Se trata, desde luego, de la aplicación de una normatividad anterior al nuevo Código Penal. En general, el homicidio agravado o con fines terroristas, sirvió de marco de tipificación para conductas que hoy podrían ser enmarcadas dentro del genocidio. Es de aclarar que en el juzgamiento se aplicó la noción de terrorismo,

---

<sup>21</sup> Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación con radicado No. 18.499 del 25 de octubre de 2001, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla.

<sup>22</sup> Este tipo de casos son constantemente documentados por las agencias nacionales e internacionales y son objeto de permanente investigación, tanto penal como disciplinaria. El 17 de noviembre de 2002, se anunciaba por ejemplo en un medio, que la Procuraduría General había ordenado la destitución de 2 servidores públicos, por conductas de omisión relacionadas con homicidios múltiples ocurridos en el departamento de Antioquia en 1997. Periódico el Tiempo, domingo 17 de noviembre, pp. 1-18.

en el caso concreto de la creación de zozobra, a acciones cometidas por sujetos que esparcían panfletos anunciando amenazas. Estos hechos fueron anteriores a la acción descrita del mes de noviembre. Tiene lógica esta interpretación, en cuanto a que el artículo 187 del anterior Código se refería también a la creación de zozobra mediante «llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escrito anónimo».

El caso llegó a la Corte, con argumentos múltiples, siendo uno de ellos fundamental, el de la competencia para el juzgamiento. Se alegaba por la defensa, que instauró la demanda de casación, que era la justicia penal militar y no la ordinaria, la encargada del juzgamiento de las conductas diversas de los distintos actores. La Corte Suprema desechó los argumentos y confirmó las sentencias condenatorias. La vista fiscal y la decisión de la Corte, se adelantaron en un momento de transición frente a la incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno, pero están influidas, sin duda, por las discusiones que a nivel interno tenían lugar respecto de la adaptación de la legislación nacional a las exigencias internacionales.

Este caso refleja los conflictos de competencia, propios de aquellos casos en los que están involucrados agentes estatales<sup>23</sup>. Muchos

---

<sup>23</sup> Los conflictos de competencia son de toda índole, no sólo respecto del conflicto entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción militar. Los conflictos tienen lugar también, para citar este caso, en razón al lugar donde se juzga a las personas. Por ejemplo, en un caso donde se juzgaba a un general de la República, involucrado en muerte de civiles, se presentó una solicitud ante la Sala Penal de la Corte, por la parte civil, para radicar el proceso en otro distrito, ya que se consideraba que en el lugar de los hechos, y razón a las autoridades militares del mismo, no se podía adelantar éste con la imparcialidad e independencia. La Sala no concedió la solicitud. Providencia con radicado N.º 21.935 del 11 de febrero de 2004. Entretanto, en un caso en el cual miembros de la fuerza aérea era investigados por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas contra un número muy grande de civiles, al lanzar una bomba en apoyo de infantes que combatían contra la guerrilla, en Arauca, la Sala Penal accedió a la solicitud de cambio de radicación del caso, en función de la protección de los acusados. En este caso la Sala adelanta consideraciones muy interesantes sobre el impacto general del conflicto armado en zonas especialmente peligrosas, cuando se trata de la función de impartir justicia de manera imparcial. Es otra consecuencia más de las relaciones entre guerra y derecho, cuando se constata, por parte del máximo juez de la justicia penal, que no existe en todo el territorio, una paz consolidada como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. La justicia penal debe operar en escenarios donde por muchos años, ha operado una sustitución, por parte de agentes particulares, de los mismos agentes estatales. Providencia con radicado N.º 23.156, del 17 de febrero de 2005. En este caso se debe agregar, además, que las imputaciones no se adelantaron por infracciones al derecho internacional humanitario, sino por delitos comunes. Habría una razón para ello, ya que los hechos ocurrieron el 13 de diciembre de 1998.

casos llegan, después de 8 o 9 años, a una instancia en que son anulados y son devueltos a su posible juzgamiento por las autoridades civiles; son años de esfuerzos que se pierden institucionalmente y el resultado final es la incapacidad de reconstruir mínimamente la verdad de lo sucedido. Otro caso expresa claramente este fenómeno: a través de un fallo muy importante de la Sala Penal de la Corte Suprema, del 6 de marzo de 2003, se decidió sobre un caso por vía de casación penal, en el cual el principal problema estaba relacionado con los alcances del fuero militar.

En una población del departamento del Valle del Cauca, en octubre de 1993, un grupo de hombres armados ingresó a una casa de pobladores del lugar, cometiendo toda suerte de abusos. Posteriormente, un grupo de militares se hizo presente en el lugar, adelantando una acción militar contundente contra el mismo inmueble señalado, ocasionando múltiples muertes civiles en dicha casa. La defensa alegó en su momento estar adelantando un operativo contra grupos insurgentes. Los funcionarios públicos fueron investigados por la justicia ordinaria, pero se generó conflicto de competencia y en decisión del año 1995, su caso fue adscrito a la justicia penal militar, ya que se consideró que su actuación se dio en el marco del servicio y en la órbita de sus funciones. En 1998 el consejo Verbal de guerra condenó con penas ínfimas a los servidores públicos, sentencia en la cual no se tuvieron en cuenta delitos de mayor gravedad, como es el caso de los homicidios múltiples.

En sede de casación penal, luego de ser presentada la demanda por la parte civil, la Corte planteó el problema jurídico central: «¿Puede anularse en sede de casación una actuación por falta de competencia del Juez al que se la asignó la autoridad encargada de dirimir los conflictos sobre tal materia? La respuesta a ese interrogante es: sí, en casos excepcionales»<sup>24</sup>. De esta manera, la Corte casó la sentencia, estimó los argumentos de la parte civil, declaró la nulidad de lo actuado desde el año 1997, fecha en la cual se declaró el cierre de investigación en la justicia penal militar, y ordenó la remisión del expediente a la justicia ordinaria, dando prelación a la investigación de los hechos de homicidio. Se resolvió de esta manera, en función del control de legalidad, el conflicto de competencia generado. Quiere decir ello, no obstante, que después de casi una década, el caso tenía que volver a investigarse y juzgarse.

---

<sup>24</sup> Se trata de la providencia con radicado N.º 17.550, del 6 de marzo de 2003.

## 7.2. *Límites de la sanción penal en escenarios de alta conflictividad*

Son casos, sobre todo, que reflejan los límites, en escenarios de conflicto degradado, de la administración de justicia que se ve sobrepasada por la lógica misma de dicha degradación. Las relaciones entre guerra y derecho, se tornan aquí especialmente problemáticas, mientras que el país debe afrontar decisiones que contra él se toman, en un contexto de internacionalización del derecho y de globalización de la protección de los derechos humanos. Son casos fallados contra el país, en razón a las mismas obligaciones que éste ha contraído. Son hechos que exigen hoy, una aproximación analítica mucho más sofisticada y elaborada, teniendo en cuenta muchas variables. Es eso consiste parte de la «actualización» a la cual ha hecho referencia la Sala Penal en la providencia de febrero de 2006. Una de las variables es, por ejemplo: ¿cómo se puede administrar justicia, cuando el derecho penal presupone la paz como condición fáctica para su funcionamiento, en escenarios donde ella no ha sido lograda? Otra: ¿cómo institucionalizar la reacción de los agentes estatales en escenarios de alta conflictividad, en los cuales las víctimas son por esencia los civiles desarmados? Son preguntas que se relacionan directamente, además, con las exigencias que claramente imponen las disposiciones legales y constitucionales y con las exigencias concretas —no meramente discursivas o demagógicas— que imponen las reglas de la democracia.