



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado ponente

AP473-2022

Radicación 58433

Aprobada acta No 028

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

La Sala se ocupa de resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de Nación, contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz, con función de Control de Garantías, del Tribunal Superior de Barranquilla, el 22 de octubre de 2020, mediante la cual, no impuso medida de aseguramiento en contra de *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por dos hechos imputados como integrante del grupo Ejército Revolucionario del Pueblo-E.R.P.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES¹

1. En audiencia del 25 de julio de 2020, la Fiscalía formuló imputación a *Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas*², por varias conductas, entre ellas, reclutamiento ilícito, desaparición forzada, homicidio y toma de rehenes. De manera particular, y para lo que importa a este asunto, la Fiscalía le atribuyó, la comisión de las siguientes conductas delictivas:

(i) **Hecho 19**, denominado “Toma a Galeras”:

«...ocurrido en febrero 14 de 1997 (...) y tiene varias implicaciones porque se afectó tanto a población civil como población militar, se destruyó una patrulla y muchas personas fueron llevadas y tuvieron que pagar por su liberación y varias personas también perdieron la vida. En este caso venimos de la toma de rehenes del artículo 148, teniendo en cuenta el patrón que fue reconocido en la sentencia, las víctimas son Jaime Arturo de la Ossa Rodríguez, Libardo Rafael López López, Efraín Antonio Iriarte Díaz, Erlinda María Luna Severiche de Rasch, Ismael Antonio Lastre Díaz, Rafael Ignacio Arrieta Ascencio, Cesar Manuel Hernández Mesa, Andrea Yadith Herazo Anaya, María Otilia Hernández Navarro. (...) Estas primeras víctimas que le menciono fueron fruto de una toma de rehenes, fueron llevados y luego tuvieron que pagar por su liberación, pero adicionalmente, la conducta es del 148, la señora María Otilia Hernández también sus bienes fueron destruidos y entonces vamos con la conducta de destrucción y apropiación del 154. Ahora, en el mismo hecho, se presenta una tentativa de homicidio que viene por el 103 de la Ley 599, en el grado de tentativa, la víctima es Alberto Ismael Quiroz, que era perteneciente a la Policía Nacional, de la misma viene el señor Arístides Barrera Padilla que también sufrió un atentado contra su vida que era miembro de la Policía Nacional, Jaime Meléndez Anaya, Roberto Tamara Garay, René Rivera Gómez, Eduard Villada Herrera, las víctimas sufrieron un atentado

¹ Se resumen los que interesan para esta decisión.

² También se convocó a la postulada *Luz Helena Coronado Vargas*, a quien sólo se le formuló un cargo por el delito de desplazamiento forzado, por el cual, igualmente, se le impuso medida de aseguramiento, no obstante, como sobre su situación jurídica no se ofreció discusión, la Sala se abstiene de reseñar lo pertinente frente a ésta.

contra su vida. Las víctimas que vengo a continuación, además de que perdieron la vida eran integrantes de la Policía Nacional y además les fue quitado su armamento, como son víctimas que pertenecían al cuerpo civil, por eso las traigo con el homicidio del 103 y siguientes y el hurto agravado calificado, de acuerdo con la calificación y a lo que la jurisprudencia ha expuesto frente a quienes ostentan esta calidad. Las víctimas son entonces, Jorge Enrique Villalba Bermúdez, Giovanny Torres Torres (...). El hecho viene para Wilmer Jesús, quien acepta su participación en estos hechos en su versión, en la versión rendida el 20 de septiembre de 2019, en el que acepta su participación en los mismos. El hecho como yo le decía tuvo una duración de 24 horas, fueron 150 personas del E.R.P. quienes entran con armas de fuego, con artefactos explosivos, igualmente con granadas de fragmentación, con rockets, utilizaron bombas incendiarias, asaltaron las instalaciones y varias víctimas fueron retenidas, quienes debieron pagar por su liberación. Los delitos por los cuales viene este hecho son los previstos en actos de terrorismo del 144, homicidio agravado del 103 y 104, numeral 8, tentativa de homicidio del 103, toma de rehenes y destrucción y apropiación de bienes protegidos del Derecho Internacional Humanitario del 154 y viene el señor Wilmer en calidad de coautor.»³

(ii) hecho 22⁴:

«actos de terrorismo y homicidio en grado de tentativa, la víctima José Luis Mendoza Charri, los hechos ocurrieron el 18 de diciembre de 1999, en Bolívar, en la vía pública, vienen para Wilmer Jesús Rodríguez, en calidad de coautor, dentro del patrón atentados contra la vida, esta persona era integrante de fuerza pública y se presentó un contacto armado, ejecución en vía pública, contacto armado»

Imputación que fue declarada legal por el Magistrado⁵ en la respectiva diligencia.

³ Registro de la audiencia, archivo 08001225200120198476000_25062020_01, a partir del minuto 57:10

⁴ Registro de la audiencia, archivo 08001225200120198476000_25062020_01, a partir de la hora 01:04:00

⁵ Registro de la audiencia, archivo 08001225200120198476000_25062020_01, a partir del minuto 1:16:04

2. En la vista pública del 27 de agosto de 2020⁶, el ente investigador, conforme con el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad para *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por los delitos de reclutamiento ilícito (Art. 162), desplazamiento forzado de población civil (Art. 159), homicidio en persona protegida (Art. 135) y tentativa de homicidio, homicidio simple agravado (Art. 103 y 104), actos de terrorismo (Art. 144), destrucción y apropiación de bienes protegidos (Art. 154) y toma de rehenes (Art. 148)⁷.

Petición que soportó en los siguientes argumentos: (i) el postulado se sometido voluntariamente a ley de Justicia y Paz; (ii) le fueron imputados y legalizados hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley, ejecutados entre los años 1996 y 2003 y, en los departamentos de Sucre y Bolívar, zona de injerencia de la referida organización, (iii) cada uno de estos, tienen respaldo no sólo con la versión libre de *Rodríguez Vanegas*, sino en los elementos que acompañan su solicitud y que fueron aportados a la actuación; (iv) la medida deprecada se ofrece necesaria, proporcional y razonable en los términos de la Ley 975 de 2005, si en cuenta se tiene que, es la única prevista en este ordenamiento especial, se configura como el cumplimiento anticipado de la pena alternativa y garantiza la satisfacción de los derechos de las víctimas y, (v) no hay duda que aun en casos de integrantes de la Fuerza Pública, tanto la Ley 975 de 2005 como la 1448 de 2011, reconocen su posibilidad de concurrir en calidad de víctimas.

⁶ Registro de la audiencia, archivo 08001225200120198476000_27082020_01, a partir del minuto 11:59

⁷ Todos del Código Penal

La defensa, ante ello⁸, no se opuso a la medida.

3. El Magistrado con función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, ante tal postulación, resolvió imponer la medida de aseguramiento pretendida por los hechos imputados a *Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas*, *excepto* para los casos rotulados **19** y **22**, exclusivamente, en lo tocante con los miembros de la Policía Nacional e Infantería de Marina.

4. Contra la determinación de no imponer medida de aseguramiento, la delegada fiscal interpuso recurso de apelación, lo que motiva el conocimiento de la actuación por la Corte.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA⁹

El Magistrado de la Sala de Justicia y Paz de Barranquilla, con función de Control de Garantías, una vez indicó las características de la medida de aseguramiento en el régimen de Justicia y Paz, se refirió a los presupuestos requeridos para su imposición, a saber: (i) que el postulado cumpla con los requisitos de elegibilidad, (ii) se haya realizado una imputación en justicia y paz y, (iii) que existan elementos probatorios que permitan inferir que los postulados son autores o partícipes de uno o varios de los punibles que se investigan con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley.

⁸ Registro de la audiencia, archivo 08001225200120198476000_27082020_01, a partir del minuto 21:30

⁹ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_22102020_01, a partir del minuto 13:34

En seguida, en la verificación de éstos, advirtió que aun cuando de *Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas* cumple con los primeros, no ocurre lo mismo frente al tercero, respecto de los hechos imputados con los números **19** y **22**, específicamente, respecto los actos dirigidos contra miembros de la Infantería de Marina y la Policía Nacional, al considerar que «no constituyen acto punible»¹⁰, al estar dirigidos contra objetivos militares.

En esa senda, inicialmente se ocupó de reseñar el supuesto fáctico del **hecho 19**¹¹, en los siguientes términos:

«El 14 de febrero de 1997 aproximadamente a las 9 de la noche, 150 hombres del ERP, divididos por comandos, portando artefactos explosivos, armas de fuego de largo alcance, granadas de fragmentación, granadas de fusil, rockets, ametralladoras y bombas incendiarias se tomaron por asalto las instalaciones del cuartel de policía del municipio de Galeras, acción que fue repelida por miembros de la Policía Nacional que prestaba servicios en esa Unidad. El grupo subversivo había planeado no solamente el ataque a la estación de policía, sino que adicionalmente tuvo como objetivo, el secuestro con fines extorsivos de varios pobladores y neutralizar la ayuda que pudieran recibir por parte de otros policías.»

Para ejecutar esta acción, secuestró a Jaime Arturo de la Ossa Rodríguez, quien para esa fecha tenía 65 años y se dedicaba a transportar personas entre el sitio llamado Punta del Blanco (donde residía) hasta Galeras en su carro Willis. En efecto, llegaron a su casa varios hombres armados y lo obligaron a llevarlos en su carro hasta la plaza del pueblo. Al llegar allí había cuatro carros mas repletos de guerrilleros y los obligaron a conducir hasta que llegaron a Galeras donde tendría lugar el ataque. Cuando empezó el cruce de disparos, él se trató de esconder en una casa, pero uno de los guerrilleros lo mantuvo en una terraza. Cuando el grupo se

¹⁰ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_22102020_01, a partir del minuto 36:10

¹¹ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_22102020_01, a partir del minuto 47:02

retiró del área lo obligaron a que los llevara nuevamente a Punta Blanco, donde los estaban esperando unas embarcaciones.

En el ataque que se prolongó hasta las 24:00 horas, resultó muerto en la estación de policía Jovanny Felipe Torres Correa, de 19 años, agente activo de la Policía Nacional y resultaron lesionados o heridos Alberto Ismael Quiroz, Aristides Barrera, Jaime Meléndez y Fredy Antonio Belalcazar.

Atacaron igualmente a una patrulla de policía que con el objetivo de prestar ayuda transitaba por la vía Valencia- Galeras, sitio Arroyo Corozal, cerca al caserío El Páramo y como consecuencia de ello murió Jorge Enrique Villada Martínez de 36 años agente activo de la policía y resultaron heridos: Roberto Tamara, René Rivera y Eduardo Villada.

Simultáneamente, conforme al plan acordado previamente uno de los comandos ingresó a la casa de diferentes pobladores y secuestró a: Libardo Rafael López, comerciante de 60 años que duró 80 días secuestrado y pagó \$90.000.000 por su liberación. Efraín Antonio Iriarte Díaz, quien por 80 días estuvo secuestrado, fue amenazado. A su vez para para que el señor Libardo Rafael López López consiguiera el dinero hubo un canje con su hija Luz Sara López.

También fueron secuestrados Erlinda María Luna Severiche, Ismael Antonio Lastre Díaz, Rafael Ignacio Arrieta Ascencio, quien durante la negociación también vio afectada la libertad de su hija Narlys Consuelo Arrieta Ávila, y Cesar Manuel Hernández Mesa, quien duró secuestrado 75 días y pagó \$55.000.000 por su liberación.

Como consecuencia del ataque varias viviendas resultaron gravemente afectadas entre ellas las de la señora Andrea Yadith Herazo Anaya y María Otilia Hernández Navarro.»

Al igual que del **hecho 22**, en el que resultó afectado José Luis Mendoza Charris -a partir de su entrevista¹²- así:

¹² Registro de la audiencia 08001225200120198476000_22102020_01, a partir del minuto 53:40

«...era 18 de diciembre, a eso de las 10 de la noche fuimos atacados con unos cinco cilindros bomba, y balones bomba como unos 30, allí se sostuvo el contacto o el combate como hasta las 5 de la mañana, se recibió el apoyo aéreo de la época, como resultado asesinaron a un infante de marina voluntario, recuerdo que era apellido Arce, lo mató un cilindro que le cayó como a dos metros de distancia, también como resultado los tímpanos de los oídos se me reventaron y fui evacuado al día siguiente entre los heridos para la primera brigada y luego al hospital naval de Cartagena. No recuerdo los nombres de los heridos, pero sé que hubo conmigo 4 o 5 heridos, me adelantaron tratamiento psicológico que duro 6 años.»

Para sostener que tales sucesos «constituye[n] una actuación propia de la guerra», ello «en el contexto de la estructura típica, de la adecuación jurídica, no encuentra la sala hasta este momento con la evidencia presentada elementos que estructuren una conducta delictiva»

Tesis que apoyó en las siguientes motivaciones¹³:

«... la Corte Constitucional en la sentencia C-291-2007, al establecer (...¹⁴) la garantía de la prohibición del homicidio, tiene preciso que, ello se enfoca, al homicidio de los no combatientes y aquí se atacó a personas de la institucionalidad, a personas de la fuerza pública, es decir a combatientes que no alcanzan el estatus de persona protegida en los términos del derecho internacional humanitario y de Código Penal en su capítulo específico de delitos contra el derecho internacional humanitario y lo mismo pasa con el punto de la toma de rehenes, la toma de rehenes aplica cuando se priva en la libertad a los no combatientes, a las personas protegidas por el derecho internacional humanitario, pero cuando se da eso con los combatientes, no constituye esa situación conducta delictiva. Entonces, por esa razón, siguiendo a la Corte Constitucional y su estudio relacionado con las normas del derecho internacional humanitario, pues, no es posible adscribir

¹³ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_22102020_01, a partir del minuto 57:29

¹⁴ No se comprende.

al grupo armado esa acción como ilícita porque, entonces, en punto de reciprocidad, igualmente responderían las fuerzas militares o las fuerzas institucionales cuando atacan al enemigo, cuando detectan campamentos guerrilleros, por ejemplo, y accionan sus armas contra ellos, porque si así fuera, entonces tendrían que responder igualmente, tendrían que responder penalmente, aspecto que por supuesto no es admisible por las normas colombianas y las normas internacionales por supuesto.

La Sala, no está haciendo un control de legalidad a los cargos, ese es un asunto que corresponde a la Sala de Conocimiento, pero si tiene que hacer un estudio porque es de su competencia, como Sala de Control de Garantías revisar, analizar la evidencia, por lo menos, en sede de inferencia razonable si se estructura una conducta delictiva o si coincide la adecuación jurídica que hace la fiscalía. La jurisprudencia nos dice el magistrado de control de garantías no puede controlar la imputación, no puede interferir en la imputación o sugerirle a la fiscalía una norma en particular, pero cuando está en el escenario de medida de aseguramiento sí tiene no solo esa potestad sino el deber, siguiendo el ejercicio judicial de revisar la estructura dogmática para saber si se cumplen o no los requisitos. Entonces encontramos falencias en ese punto y por ello no podemos considerar ni como homicidio y mucho menos como homicidio agravado, es decir, como delito común, un hecho que se da en virtud de la guerra y, tampoco, por esa misma mención, podemos considerar que hay un delito de apropiación de bienes protegidos o inclusive de hurto, cuando los combatientes se apoderan de los bienes de intendencia, de las armas, de las municiones, de los elementos de sus oponentes, porque si miramos el artículo 154 del Código Penal, encontramos que, solamente se sanciona ese ejercicio de apropiación o destrucción cuando va en exceso de la ventaja militar, pero si se ataca al oponente y se obtiene los elementos que tiene ese oponente, entonces, hace parte precisamente de la tragedia de la guerra, de lo lamentable de la guerra, pero no alcanza la posibilidad de adscripción de una conducta delictiva.»

También refirió que tal tesis encontraba respaldo en la Ley 1820 de 2016 -expedida en virtud del Acuerdo de Paz suscrito con las FARC, grupo guerrillero o subversivo como el E.R.P.-, en su artículo 23, en tanto ésta admite como delito conexo al delito

político, la muerte en combate que es compatible con derecho internacional humanitario, al igual, que la apropiación de elementos del bando opuesto que le signifiquen una ventaja militar y, en similares términos en lo expresado en sentencia C-007 de 2018, C-177 de 2001 y C-251 de 2002.

Igualmente, mencionó que en el marco de las normas de Derecho Internacional de carácter consuetudinario 11, 12, 13, 14 y 70 recopiladas por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el ejercicio de la guerra, sólo están prohibidos aquellos ataques de combatientes que resultan indiscriminados y terminan afectando a terceros no hostiles, por consiguiente, valoró que en lo que se refiere a la toma de la estación de policía de Galeras, solo son sancionables los daños que alcanzaron a la población civil.

Finalmente, citó la decisión adoptada por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, del 12 de febrero de 2020, en el caso de una guerrillera, SAI-AOI-D-003-2020, en el que se reconoció a favor de aquélla, el beneficio de la amnistía por las conductas punibles que se habían cometido con ocasión de la explosión con carro bomba ocurrida en las instalaciones de la Escuela Superior de Guerra, en Bogotá, al advertir que se encontraba dirigido contra un objetivo militar, lo que, en su criterio, da cuenta de que esas acciones no son punibles.

En consecuencia, resolvió:

«Primero: Imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, por los delitos que se relacionaron en esta audiencia y que consta en el acta 050, excepto por los casos rotulados por la Fiscalía como 19 y 22 en lo tocante a las víctimas combatientes (miembros de la Infantería de Marina y Policía Nacional), al siguiente postulado, señor Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas, alias “Leonel o Iván”, identificado con cédula de ciudadanía 19.789.588 de Achí- Bolívar, y causa 11.001.60.00253-2012-84760.»

Lo anterior, aclarando que con tal determinación no desconoce la condición de víctimas de los miembros de la fuerza pública, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 975 de 2006.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La fiscal, en audiencia del 23 de octubre de 2020¹⁵, mostró su inconformidad, exclusivamente, con la negativa a imponer medida de aseguramiento por los **hechos 19 y 22**.

Recalcó que la medida de aseguramiento es una manifestación del principio de la justicia en el proceso transicional, el cual no opera sólo respecto de algunas víctimas sino de todas, en la medida que no existe una categorización entre ellas. Por eso, se remitió al contenido del artículo 5 de la Ley 975 de 2005, que permite reconocer tal estatus a los integrantes de las fuerzas armadas estatales.

¹⁵ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_23102020_01, a partir del minuto 3:00

Igualmente, refirió que en la sentencia del 28 de junio del 2019, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, reconoció, con efectos de cosa juzgada, como una las prácticas recurrentes del grupo E.R.P. las tomas a municipios y ataques a la fuerza pública, habiéndose, en esa decisión, condenado como homicidio en persona protegida el deceso de un miembro de la Infantería de Marina -Yamil Fabián Villamizar Onofre- que fue abordado cuando transitaba, en uso de un permiso, en un bus de servicio público, lo cual, en su criterio, reafirma que si son sujetos de protección en el marco del derecho interno.

Puntualizó, además, que en Colombia no hay territorios vedados para la impartición de justicia y que el ordenamiento jurídico interno protege la vida e integridad de los miembros de la Fuerza Pública. De hecho, remitiéndose al régimen de Justicia y Paz, explicó que para los hechos cometidos durante y la ejecución del conflicto el único beneficio que se concede es de la pena alternativa, que no la amnistía o el indulto (Citó las sentencias CC C201-2007 y C-456-1997).

Y en esa senda afirmó que no son aplicables las prerrogativas negociadas con las FARC, pues aquellas, de forma exclusiva, aplican para las partes que suscribieron el Acuerdo de Paz y no para miembros del E.R.P., cuya desmovilización fue individual y sujeta inicialmente a la Ley 418 de 1997 y luego acogidos en el régimen de la Ley 975 de 2005.

Finalmente, se refirió a las circunstancias en que fueron cometidas las acciones criminales, y destacó que, en ambos casos, se emplearon armas no permitidas conforme con la

Convención de Ottawa, especialmente rockets y cilindros bomba; ello para reforzar la tesis de que, incluso, hubo exceso en la intervención del grupo guerrillero en contra de los miembros de la Policía Nacional e Infantería afectados.

Conforme con lo anterior, solicitó se revoque la decisión adoptada.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

1. La apoderada de víctimas¹⁶, luego de referir los sujetos de especial protección establecidos el parágrafo del artículo 135 del Código Penal y el Derecho Internacional Humanitario, solicitó mantener la decisión impugnada, al estimar que los sujetos afectados en las operaciones bélicas no integran esa categoría.

2. El Representante del Ministerio Público¹⁷, consideró acertada la determinación del *a quo*. Explicó que de acuerdo con las pautas del Protocolo II Adicional, los servidores de las organizaciones castrenses partícipes de las hostilidades, no son sujetos de protección en el marco del Derecho Internacional Humanitario y, por el contrario, en su rol asumen como probable ser sujeto de agresión en curso de un combate.

Asimismo, se mostró inconforme con el símil efectuado por la delegada fiscal, al advertir que el caso sancionado en

¹⁶ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_23102020_01, a partir del minuto 18:23

¹⁷ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_23102020_01, a partir del minuto 26:18

la sentencia del 28 de junio de 2019, dista de los imputados en esta oportunidad, dado que en él sí se verificaba una protección a favor del militar fallecido, pues estaba de permiso, fue aprehendido en el curso del trayecto y su muerte se produjo en estado de indefensión.

E, igualmente, con la mención a la Convención de Ottawa, pues ésta prohíbe el empleo de minas antipersona, concepto que no abarcaría los rockets -entendidos como granadas lanzadas a través de mecanismos como morteros- o los cilindros referidos.

Tampoco acogió la afirmación relacionada con los territorios vedados, ya que excluye el conflicto armado interno que ha sido reconocido en nuestro país, en el cual, organizaciones ilegales han logrado dominio territorial y ejecutado acciones armadas, precisamente, en contra de su oponente, en este caso, las fuerzas armadas estatales.

Finalmente, aseveró que como lo hizo la Magistratura, no puede confundirse la calidad de víctima de los efectivos de las Fuerzas Militares, con la protección que el Derecho Internacional Humanitario concede a las personas no combatientes.

3. La defensa¹⁸, con similares argumentos a los expuestos, petitionó mantener el sentido de la providencia. En ese orden, destacó que los miembros de la Fuerza Pública no son sujetos de protección por el Derecho Internacional

¹⁸ Registro de la audiencia 08001225200120198476000_23102020_01, a partir del minuto 37:00

Humanitario, disciplina jurídica que se integra al derecho interno y que debe ser observada por los administradores de justicia.

Y reiteró que, en curso de un conflicto armado, es factible la producción de daños y decesos del oponente como ocurre en estos eventos, donde claramente los grupos insurgentes deciden atacar personal del ejército y este a su vez, responde.

Por ello, advirtió que no había lugar a aplicar el referido antecedente que citó la fiscalía en punto a la sanción por muerte de un miembro del cuerpo militar, o a sostener la infracción de norma alguna al haber acaecidos los sucesos reprobados en curso de combates entre contrarios.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso de apelación propuesto contra la decisión proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, en concordancia con el numeral 3, artículo 32, de la Ley 906 de 2004.

2. En ese orden de ideas, la Corte se ocupa de verificar el acierto de la decisión adoptada en primera instancia, la cual, en lo fundamental, se circunscribe a la posibilidad de judicializar los actos cometidos por actores armados en el conflicto colombiano, a partir de un análisis sobre la

tipificación de comportamientos lesivos en contra de objetivos militares, en el marco del Derecho Internacional Humanitario.

Para ello, la Sala realizará algunas precisiones sobre (i) la medida de aseguramiento en el régimen de Justicia y Paz y, (ii) la penalización de conductas ejecutadas por partícipes del conflicto armado colombiano, para (iii) dar respuesta al caso concreto.

3. De la medida de aseguramiento en el régimen de Justicia y Paz.

Como con acierto lo destacaron, tanto la delegada de la Fiscalía General de la Nación, como el Magistrado con función de Control de Garantías, la medida de aseguramiento dispuesta en la Ley 975 de 2005, tiene unas características diferentes a las establecidas en el proceso penal ordinario, tal y como lo explicó la Sala en providencia CSJ AP, 9 dic. 2010, Rad. 34606.

En esa oportunidad, precisó la Corte que:

(i) A diferencia del proceso ordinario, en el proceso transicional el postulado acude voluntariamente ante la administración de justicia para solicitar indulgencia por los delitos cometidos, de modo que, se someten al cumplimiento de unas exigencias a cambio de acceder a una pena alternativa. En ese trámite, la medida de aseguramiento, en tanto privación efectiva de la libertad, tiene la vocación de reputarse como cumplimiento de la sanción sustitutiva.

(ii) Mientras que en proceso ordinario la privación de la libertad es una de las medidas cautelares a imponer y, además, es excepcional y está sujeta al cumplimiento de especiales requisitos y finalidades, en el proceso de la Ley 975 de 2005, es la única opción prevista en dicho ordenamiento, y su esencia es asumirse como anticipación de la pena alternativa que inevitablemente se impondrá en dicho trámite en caso de acreditarse las condiciones para su otorgamiento.

(iii) El cumplimiento de la detención en establecimiento carcelario en los términos de la Ley 975, supone un proceso de resocialización propio a la fase de ejecución de pena (trabajo, estudio o enseñanza), aspectos que, en principio, no persigue la medida cautelar ordinaria al estar atada a las finalidades por las cuales fue impuesta.

(iv) La medida de aseguramiento del procedimiento ordinario, tiene un carácter cautelar y en todo caso temporal, pues subsiste mientras se define la situación jurídica del implicado a través de sentencia o acto que ponga fin al proceso, y con unos límites máximos cuyo vencimiento supone el nacimiento de la expectativa liberatoria. En sentido diverso, en el procedimiento de la justicia transicional, la medida de aseguramiento responde al cumplimiento de la pena que inexorablemente tendrá que fijarse, conforme con la confesión y admisión de responsabilidad que por los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley y,

(v) en el proceso de Justicia y Paz la detención preventiva tiene una íntima relación con los derechos de las

víctimas, de modo que, durante su vigencia, se refleja parte del derecho a la justicia que les asiste, al activarse el aparato punitivo estatal.

Sobre este aspecto, dijo la Sala en la referida decisión:

Dicho lo anterior es obvio que, en esta clase de procesos, la detención preventiva tiene una íntima relación con los derechos de las víctimas, ya que frente a la inminencia de que el tiempo previo a la condena que el desmovilizado permanece privado de la libertad, va a ser una parte de dicha pena, ya sea la alternativa o la ordinaria, las víctimas ven reflejadas en dicho período una parte del derecho que tienen a que el Estado investigue, capture y sancione a sus victimarios por las conductas punibles mediante las cuales fueron victimizadas¹⁹

Así que, cada delito por el que se realice imputación en el proceso de Justicia y Paz debe tener su correspondiente medida de aseguramiento, como parámetro orientador del cumplimiento de las obligaciones del desmovilizado en relación con cada víctima a la hora de la evaluación de si se concede la pena alternativa, según lo dispuesto por los artículos 3º y 29 de la citada ley (...)

Planteado lo anterior conviene aclarar que el proceso judicial rituado por la Ley 975 de 2005, busca, dentro de un contexto de justicia transicional, la consolidación de la paz nacional a partir del logro del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado y la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, escenario en que, tanto los grupos armados ilegales como la organización social, hicieron concesiones en función de alcanzar tales objetivos.

Corresponde entonces al magistrado de justicia y paz preservar el frágil equilibrio entre aquello que fue objeto de consenso: de un lado el sometimiento al Estado de quienes integraron organizaciones criminales, y de otro, la flexibilización del principio de legalidad con el ofrecimiento de una pena indulgente a condición de la reivindicación de los derechos de las víctimas; propendiendo por la restauración del Estado de derecho y la necesidad de enfrentar la cultura de la impunidad; proyectando el triple sentido de la Ley 975, vale decir, como expresión de un

¹⁹ Derecho recogido en el artículo 6º de la Ley 975 de 2005.

acuerdo, como límite y como protección del más débil de la relación procesal: la víctima.

En consecuencia, cada víctima tiene derecho a saber que el desmovilizado está privado de la libertad, también por los delitos por los que ella ha sufrido; de manera que al imponerle la pena alternativa, la víctima tenga la seguridad de que dentro del tiempo que el justiciable ha permanecido privado de la libertad también lo ha sido como causa del delito o delitos que cometió contra ellas.»

En ese escenario, surge entonces, que la medida de aseguramiento en el proceso de Justicia y Paz, tiene por objeto permitir que, de manera anticipada, los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley que voluntariamente se acogieron al régimen de la Ley 975 de 2005, descuenten parte de la sanción privativa de la libertad a la cual serán condenados por todas aquellas conductas por las cuales se verifique su imputación, mientras se agota el proceso transicional.

Ahora, frente a la verificación de los supuestos para imponer medida de aseguramiento en este procedimiento especial, la Corte ha admitido que, el Magistrado con función de Control de Garantías puede, al momento de explorar los elementos materiales probatorios y evidencia física que soporten la inferencia de que el imputado es autor o participe de una conducta punible, examinar la tipificación de los sucesos por los cuales se pretende la privación de la libertad.

Así lo explicó en proveído CSJ AP, 26 may. 2011, Rad. 36163:

«Es oportuno recordar que esta Corte ha señalado²⁰ que la formulación de imputación es un acto de parte, en la que el juez con funciones de control de garantías, debe asegurarse de que el acto de comunicación se realice de manera eficaz, pero no está llamado a improbar o aprobar la misma, ni ese resulta ser el escenario procesal en que se discuta la tipificación de los hechos.

(...)

Como se evidencia el magistrado de control de garantías no está facultado para discutir el nomen iuris que la fiscalía ha dado a los hechos por los cuales se realiza la formulación de imputación. Situación distinta se predica de la solicitud de medida de aseguramiento en donde el magistrado competente, en aplicación del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, debe verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física de donde se infiere que el imputado puede ser autor o partícipe de una conducta punible, y de manera adicional comprobar la correcta tipificación.

“De suerte que tal norma vincula al juez con funciones de control de garantías con la verificación de elementos de convicción que lo conduzcan a acreditar la tipicidad de la conducta formulada de manera fáctica en la imputación, y por supuesto, de la correcta tipificación; sin que la modificación del nomen iuris que provisionalmente postula la Fiscalía en la formulación de imputación suponga conculcación del principio acusatorio, dado que la solicitud de medida de aseguramiento no es en estricto sentido un acto propio del debate probatorio oral que caracterice el proceso acusatorio, sino la discusión sobre la limitación de un derecho del justiciable (libertad personal) propia de cualquier sistema procesal”²¹:

La posibilidad que tiene el Magistrado con funciones de control de Garantías de variar la tipificación no puede tenerse como vulneración del principio de congruencia dado que este se predica únicamente de los hechos relevantes, los cuales deben ser concordantes en la imputación, el escrito de acusación, los alegatos de conclusión y el fallo, contrario a la denominación jurídica la cual puede variar al transcurrir el debate probatorio. Lo anterior se desprende de los artículos 448 y 443 de la Ley 906 de

²⁰ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010. Radicado 33.039.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010. Radicado 33.039.

2004, en donde se exige a la fiscalía una tipificación expresa tan sólo al momento de realizar los alegatos de clausura.

En conclusión, hace parte de las posibilidades del Magistrado con Función de control de garantías imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica.»

De modo que, el funcionario sí puede analizar la tipificación de las conductas imputadas a fin de establecer si procede la petición de medida de aseguramiento, en atención a que, si bien se espera que por los hechos previamente imputados se continúe el proceso en la justicia transicional y se dicte sentencia, la privación de la libertad debe estar mediada por un análisis que, conforme con los elementos presentados, dé cuenta de que por esos hechos se emitirá condena a partir del examen de que tales comportamientos se caracterizan como delitos y, además, fueron cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del ex integrante del cuerpo armado ilegal a dicha organización.

4. La penalización de conductas ejecutadas por partícipes del conflicto armado colombiano.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales, de allí que, su objeto, está dado a la regulación del desarrollo de hostilidades y la protección de víctimas de los conflictos armados.

En su acepción principal, las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario –derecho convencional–,

principalmente, están compendiadas en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Así, el Convenio I protege, durante la guerra, a los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; el II ampara durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; el III aplica a los prisioneros de guerra y, el IV guarda a las personas civiles, incluso, en los territorios ocupados. Esto, adicional a los dos protocolos suscritos en el año de 1977, como instrumentos para reforzar la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los conflictos no internacionales (Protocolo II), fijando límites a la forma en que se libran tales contiendas²².

Colombia es parte de los cuatro Convenios. De modo que, éstos fueron aprobados mediante la Ley 5° de 1960, y vigentes desde el 8 de mayo de 1962, al igual que de los dos protocolos en mención, en tanto, el primero fue aprobado a través de la Ley 11 de 1992 y el segundo, mediante Ley 171 de 1994.

Sin embargo, en dichos preceptos no se agota el catálogo de normas o previsiones que regula la materia, por cuanto, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también deben incluirse normas de origen

²² Es de advertir que también se cuenta con el Protocolo Adicional III, del 8 de diciembre de 2005, pero este es relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional a los ya establecidos en los convenios, para dar cuenta de la condición de neutralidad y de la protección que confiere el Derecho Internacional Humanitario a los servicios sanitarios de las Fuerzas Armadas y a los voluntarios miembros de las sociedades de socorro de las víctimas de los conflictos armados.

consuetudinario –derecho consuetudinario-, según lo destacó en sentencia C-291-2007²³:

«Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales²⁴ y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales²⁵, así como la incorporación

²³ También se puede consultar CC C-225 de 1995

²⁴ En la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se indicó: “la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1.937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.”

²⁵ Dijo la Corte en la sentencia C-1189 de 2000: “(...) de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes “principales” de las obligaciones internacionales, por oposición a las fuentes “subsidiarias” o “auxiliares” -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.”

de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad²⁶. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del corpus jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.²⁷

En efecto, el alto nivel de codificación del Derecho Internacional Humanitario en un gran número de tratados internacionales²⁸, no

²⁶ En la misma sentencia C-1189 de 2000, se explicó que “las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.”

²⁷ Como se señaló en la sentencia C-574/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), “su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional (...). De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios”. De igual manera, en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que “el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.” Tal como se señaló anteriormente, en esta última providencia se aclaró expresamente que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). // Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” Estos efectos se predicen, pues, tanto de las normas convencionales como de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

²⁸ El proceso de codificación del derecho internacional humanitario en general ha sido largo y complejo, y data desde el siglo XIX tardío, cuando se inició el movimiento hacia la sistematización de las leyes y costumbres de la guerra. En consecuencia, el Derecho Internacional Humanitario es uno de los ámbitos del derecho internacional más codificados en la actualidad. Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of

obsta para afirmar que el derecho consuetudinario continúa siendo una parte fundamental de esta rama del derecho, que ha sido identificada y aplicada por distintos organismos y tribunales internacionales²⁹, y ha merecido cuidadosos trabajos de identificación y sistematización por parte de cuerpos internacionales especializados. Recientes estudios y esfuerzos de codificación doctrinal, particularmente el proyecto de investigación emprendido y culminado entre 1995 y 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja, han confirmado que el Derecho Internacional Humanitario cuenta con un amplio e importantísimo componente de naturaleza consuetudinaria³⁰, no sólo por tratarse del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto mucho más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal

Justice to International Humanitarian Law”. En: International Review of the Red Cross, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003.

²⁹ Así, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe presentado de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (en la cual se le solicitó presentar un reporte integral sobre los distintos aspectos atinentes al establecimiento del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia), explicó que el Derecho Internacional Humanitario “*existe tanto en forma de derecho convencional como en forma de derecho consuetudinario. Mientras que existe derecho internacional consuetudinario que no está plasmado en tratados, una parte importante del derecho convencional humanitario ha ingresado al derecho internacional consuetudinario*”. [Traducción informal: “*This body of law exists in the form of both conventional law and customary law. While there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of customary international law.*” Documento de Naciones Unidas S/25704, presentado el 3 de mayo de 1993.] Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado, en su Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, que “*el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar*”.

³⁰ Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja – HENCKAERTS, Jean Marie and DOSWALD-BECK, Louise: “Customary International Humanitarian Law”. Cambridge University Press, 2005. El estudio fue realizado en forma minuciosa por el CICR, a invitación de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), para efectos de reforzar la eficacia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a través del mejoramiento de su conocimiento y difusión. Para identificar las normas consuetudinarias de este ordenamiento, se siguió la metodología establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, es decir, determinando la existencia de los elementos de práctica y *opinio iuris* indispensables, con los requisitos específicos allí enunciados.

importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente.³¹

En este orden de ideas, uno de los principales factores que explican la trascendencia de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados internos contemporáneos –tales como el colombiano–, es que éstas regulan con mucho mayor detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de sus víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos.»

Postura que igualmente ha reconocido esta Corporación, en punto de la aplicabilidad de dicho cuerpo normativo –en sus dos alcances– y particularmente, en el desarrollo del conflicto armado que se ha desarrollado en Colombia³²:

«De allí que, en todo tiempo y lugar, en desarrollo de un conflicto armado, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como los miembros de las Fuerzas Armadas están obligados a respetar las reglas del derecho internacional humanitario, porque consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones del conflicto.

De otro lado, no puede obviarse que el artículo 93 de la Carta Política establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Sobre el punto, la doctrina constitucional ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción"³³. En tales circunstancias es claro que los tratados de

³¹ Ver a este respecto la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

³² Sobre la existencia del conflicto armado interno en Colombia, cfr. CSJ SP15512-2014, SP4090-2016, Rad. 39842

SP, 23 Mar. 2011, Rad. 35099

³³ Corte Constitucional, sentencia C-295/93

derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados durante los estados de excepción.

En ese sentido, es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.» (CSJ SP 21 Sep. 2009, Rad. 32022)

Ahora, dicho contenido debe ser cuidadosamente verificado en la resolución de una determinada situación, pues no debe olvidarse que, aunque nuestro país ha enfrentado situaciones de confrontación bélica que, incluso, ha dado lugar a procesos de paz, los más recientes, los regulados con la Ley de Justicia y Paz y el Marco Constitucional y Legal del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, la regulación y sanción de las conductas punibles que en curso de los mismos se cometieron, no sólo deben atender los parámetros normativos internacionales, sino los internos y, en especial, las previsiones legales específicas que, por ejemplo, aplican en marco de beneficios consolidados a quienes dejaron las armas e hicieron parte de los procesos de reincorporación.

En ese sentido, el Derecho Internacional Humanitario que regula los conflictos no internacionales -como es el caso colombiano-, aplica para las partes involucradas en las hostilidades, sin necesidad de que se reconozca la

«*beligerancia*» de los grupos insurgentes, pues como lo ha examinado esta Colegiatura, uno de los avances del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, fue no exigir el reconocimiento del grupo armado como sujeto de derecho internacional público como condición para aplicar la protección de personas, bienes y servicios en ejecución de acciones armadas entre contrarios.

Por ello, necesario se ofrece recordar la posición de la Sala sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario al conflicto armado colombiano y el reconocimiento del estado de beligerancia:

«Para comenzar, debe precisarse que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables, 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. Por eso, al analizar la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se adoptó como legislación interna el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, con acierto sostuvo la Corte Constitucional que si bien no puede entenderse por paz la ausencia de conflictos armados, sí al menos: "...la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Ya esta Corporación había señalado que no debe ser la pretensión del Estado social de derecho negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables en la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es "proporcionales cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto - inmanente a la vida en sociedad- sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática". Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los

diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica”.

Asimismo, al referirse al ámbito de aplicación de esa clase de disposiciones al ordenamiento jurídico interno, en la misma decisión, se dejó en claro lo siguiente:

“...el artículo 3º común señala que la aplicación de sus disposiciones "no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto". Esta pequeña frase implicó, en su momento, una verdadera revolución jurídica, puesto que permitió que, en los conflictos internos, la aplicación de las normas humanitarias dejara de estar subordinada al reconocimiento de beligerancia de los insurrectos.

En efecto, antes de los Convenios de Ginebra de 1949, un sector de la doctrina consideraba que el derecho de los conflictos armados sólo operaba una vez que el Estado en cuestión, o terceros Estados, hubiesen reconocido la beligerancia de los alzados en armas. Esto significa que para que un grupo rebelde pudiera ser considerado sujeto de derecho internacional humanitario era necesario que se le reconociera previamente como verdadero sujeto de derecho internacional público, puesto que, en términos muy elementales, la declaratoria de beligerancia confiere a los rebeldes o grupos armados irregulares un derecho a hacer la guerra en igualdad de condiciones y con iguales garantías internacionales que el Estado. Con tal declaratoria, los beligerantes dejan entonces de estar sujetos al orden jurídico nacional, y el conflicto interno se transforma en una guerra civil que se rige por las normas propias de las guerras interestatales, ya que los alzados en armas son reconocidos, ya sea por el propio Estado, ya sea por terceros Estados, como una "comunidad beligerante" con derecho a hacer la guerra. En esa situación, aquellos beligerantes que sean capturados por el Estado gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, y por ende no pueden ser penados por el solo hecho de haber empuñado las armas y haber participado en las hostilidades, puesto que la declaratoria de beligerancia les ha conferido el derecho a ser combatientes.

Como es obvio, esa situación comportó la inaplicación de las normas humanitarias en los conflictos no internacionales, puesto que la declaratoria de beligerancia afecta profundamente la

soberanía nacional. Por ello, los Convenios de 1949 distinguieron rigurosamente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de las partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado. En efecto, ella significa que la aplicación, por parte de un Estado, de las normas humanitarias en un conflicto interno no implica el reconocimiento de beligerancia de los alzados en armas.

Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto. Pero esos rebeldes no devienen, por la sola aplicación del derecho humanitario, sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público. Como dice el jurista chileno Hernán Montealegre, "el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza. " El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión o la sedición.

15- Este principio es complementado por el artículo 3° del tratado bajo revisión, el cual protege ampliamente la soberanía de los Estados. En efecto este artículo 3° del Protocolo II señala que no pueden invocarse las disposiciones del tratado como justificación de intervenciones extranjeras o "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos".

4. Lo anterior permite afirmar, que dando por descontado que el uso de las armas por grupos rebeldes que pretenden derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, no implica en modo alguno, de un lado, la subsunción de los demás delitos que con ocasión y en relación con tal ilicitud se cometan, ni tampoco establece per se una conexidad en relación

con todos ellos susceptible en un momento dado del tratamiento jurídico que la normatividad interna de los países contratantes les dispense.

Precisamente por tales motivos la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, frente a la Constitución, por considerar que tal disposición implicaba una amnistía generalizada para la que no estaba autorizado el legislador, que no contribuía al logro de los fines del Estado, y en cambio sí terminaba por estimular los conflictos y autorizar la pena de muerte, cuando la protección de la vida del ser humano en toda su dimensión constituye el fundamento y razón de ser de un Estado de derecho.» (CSJ SP 15 Feb. 2006, Rad. 21330)

En esa decisión, esto es, la sentencia CC C-456-1997, por cuyo medio se declaró la inexecutable del artículo 127 del Decreto 100 de 1980³⁴ que, en vigencia de ese régimen, permitía excluir de pena las conductas delictivas cometidas en combate por “rebeldes” o “sediciosos” -que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo-, la Corte Constitucional rechazó la tesis de mantener solamente la sanción por los delitos políticos y conceder una amnistía generalizada y anticipada por cualquier conducta ejecutada en tales condiciones, incluso, advirtiendo que las principales víctimas eran miembros de la Fuerza Pública, en el entendido que, ello no solo desvirtuaba el poder punitivo estatal sino dejaba en un estado de desprotección a los integrantes de esa institución que negaba de facto derechos de rango fundamental.

³⁴ Decreto 100 de 1980. Artículo 127. Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Así, lo explicó:

«Hay que advertir, además, que no es acertado referirse al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), para sostener, tácitamente, que en su artículo 13, ordinal 3º, consagra la impunidad de los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos. La verdad es completamente diferente, como se verá.

Ninguna de las normas del citado protocolo, ni de ningún tratado internacional, obliga a los Estados a no castigar los delitos. Por el contrario, ese castigo está expresamente previsto. Así, el artículo 6º, titulado “Diligencias penales”, se refiere “al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Y no podría ser de otra manera, porque ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, desconociendo, como en el caso colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que ésta consagra?

De otra parte, basta leer el ordinal 3º del artículo 13 del Protocolo Adicional, para ver como éste para nada se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

(...)

La exclusión de la pena que concede el Legislador ordinario, referida a los hechos punibles cometidos en combate, tiene el efecto de crear una zona franca a la acción delictiva, por fuera de todo control del Estado. Allí es patente la renuncia que el Estado hace a su ius puniendi y, por consiguiente, se hace visible el olvido del deber de protección que le incumbe respecto de los derechos fundamentales. Particularmente, la vida de los militares, y aun de personas ajenas al conflicto, si el homicidio en combate deja de sancionarse, quedaría desprovista de todo amparo, sin que su sacrificio se refleje siquiera en un día más de prisión por el delito de rebelión que, según la tesis que la Corte impugna, se extendería a las figuras conexas.

La reserva de ley en materia penal, comporta un grado apreciable de discrecionalidad legislativa. Pero, ella no excusa la abstención estatal mayúscula que deja expósita la defensa de derechos

fundamentales, cuya intangibilidad resulta menoscabada con la mera eliminación de la necesaria reacción penal.»

A partir de lo anterior, se tiene que el Estado colombiano de ninguna manera abandona el poder punitivo en casos de conflictos armados internos, respecto de aquellas personas que, decididamente, empuñen las armas y participen de hostilidades en contra de aquel, bajo la conceptualización de que se tratan de «*combatientes*» que, al estar en curso de una afrenta bélica, estarían legitimados para infringir el estatuto penal.

De hecho, la Corte Constitucional en sentencia CC C-291-2007 –citada por la judicatura de primera instancia–, abordó el contenido y la naturaleza imperativa de tres principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, a saber: distinción, precaución, y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales. Acotó frente al primero de aquellos el entendimiento que debe darse al concepto de «*combatiente*», así:

«3.3. Definición de los términos “combatientes”, “civiles” y “personas fuera de combate” para efectos de la aplicación del principio de distinción en conflictos armados no internacionales.

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

estas definiciones se encuentran, en lo esencial, consolidadas a nivel consuetudinario.

3.3.1. “Combatientes”

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

Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos.»

Postura que se acompasa con lo compilado por el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR, en su base de datos sobre Derecho Internacional Humanitario consuetudinario al analizar el término en mención:

«Norma 3. Definición de combatientes

Norma 3. Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso.

(...)

La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario en los conflictos armados internacionales. A los efectos del principio de distinción (véase la norma 1), los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Sin embargo, el estatuto de combatiente sólo existe en los conflictos armados internacionales (véase la nota introductoria al capítulo 33).

(...)

Conflictos armados no internacionales

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II hablan de “fuerzas armadas”, y este último también de “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”. Estos conceptos no se definen con más precisión en la práctica relacionada con los conflictos armados no internacionales. Mientras que los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes a los efectos del principio de distinción (véase la norma 1), la práctica no está clara con respecto a la situación de los miembros de grupos armados de oposición. La práctica señala, no obstante, que cuando participan directamente en las hostilidades, estas personas pierden la protección contra los ataques otorgada a los civiles (véase la norma 6).

*Las personas que toman directamente parte en las hostilidades en los conflictos no internacionales son denominadas a veces “combatientes”. Por ejemplo, en una resolución sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos bélicos, aprobada en 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas habla de “combatientes en todo conflicto armado”.³⁵ Más recientemente, el término “combatiente” se ha usado en la Declaración y el Plan de Acción de El Cairo para ambos tipos de conflicto.³⁶ **Ahora bien, esta denominación sólo se emplea en su acepción general e indica que esas personas no gozan de la protección contra los ataques concedida a los civiles, pero esto no implica un***

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 2676 (XXV), 9 de diciembre de 1970, preámbulo y párr. 5.

³⁶ Declaración de El Cairo, secciones 68 y 69, y Plan de acción de El Cairo, sección 82, aprobados ambos en la Cumbre África-Europa celebrada del 3 al 4 de abril de 2000, bajo los auspicios de la OUA y la UE.

derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra, como es aplicable en los conflictos armados internacionales (véase el capítulo 33). La legalidad de la participación directa en las hostilidades en los conflictos armados no internacionales la determinan las legislaciones nacionales. Aunque tales personas también podrían denominarse “fighters” (luchadores), ese término inglés se traduciría por “combatientes” en diversas lenguas, por lo que tampoco es enteramente satisfactorio.»³⁷ (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior se sigue que, tratándose de conflictos armados no internacionales –CANI-, el término “combatiente” tiene un alcance genérico y no específico, y con ello, la imposibilidad de aplicar el Estatuto de combatiente o de prisionero de guerra –artículos 43 a 47 del Protocolo Adicional I- y la Convención III de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, que se limita a conflictos armados internacionales -CAI-, cuyo alcance permite considerar que las partes en contienda bélica son objetivos militares legítimos entre sí.

Consecuente con lo anterior, el «*privilegio del combatiente*», esto es, la «*inmunidad de persecución penal por actos militares legítimos (p.ej. ataques, lesiones, incendio, etc., en contra de personas o bienes autorizados por el DIH)*»³⁸, estaría dado en un contexto de conflicto armado internacional -CAI-, a diferencia del conflicto interno o de

³⁷ CICR, Base de datos sobre el DIH consuetudinario, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule3.

³⁸ Cozzi Elzo, Ruggero. *Fundamentos del Principio de Distinción en el Derecho Internacional Humanitario*. En *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 9 Núm. 17. Chile. 2020. Disponible en: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/54823/61918>

carácter no internacional -CANI-, en el que los actos cometidos por grupos insurgentes serían sancionados por el derecho interno.

En tal sentido, la Comisión de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, en su acápite C, acerca de Derechos Humanos³⁹, expresó:

«67. Si bien ciertas normas son comunes a todos los conflictos armados, independientemente de su naturaleza, otros se limitan al ámbito de los conflictos armados internacionales, conforme a su definición en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. Entre las más significativas de estas normas está el concepto de “combatiente privilegiado” y el concepto afín del “status de prisionero de guerra” que se analiza más adelante. En general, se define al “combatiente” como una persona que participa directamente en las hostilidades, que interviene en un ataque con el propósito de causar daño físico a las tropas u objetos enemigos. Un combatiente “legítimo” o “privilegiado” es la persona autorizada por una parte en un conflicto armado internacional que participa en las hostilidades y, como tal, tiene derecho a la protección comprendida en el concepto de “combatiente privilegiado”, así como al status y protecciones del prisionero de guerra previstos en la Tercera Convención de Ginebra, cuando hayan caído en poder del enemigo.⁴⁰ El artículo 4A de la Tercera Convención de Ginebra, que refleja los requisitos de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y es considerado en general como derecho internacional consuetudinario, prescribe estas categorías de combatientes privilegiados:

1. Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, así como los miembros de milicias o cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas.

2. Los miembros de otras milicias y de otros cuerpos voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que pertenezcan a una parte en conflicto y operen en su propio territorio o fuera de éste, aunque su territorio se encuentre ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos de voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados:

³⁹ <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/b.htm>

⁴⁰ Véase Waldmar Solf, The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice, 33 Am. U. L. Rev. 53, 59 (1983) [en adelante, Solf, The Status of Combatants].

- a) *se encuentren bajo el mando de una persona responsable por sus subordinados;*
- b) *porten un distintivo visible a distancia;*
- c) *porten armas abiertamente;*
- d) *conduzcan sus operaciones de acuerdo con las leyes y prácticas de la guerra.*

3. *Los miembros de fuerzas armadas regulares, que profesen lealtad a un gobierno o a una autoridad no reconocida por la potencia detenedora.*

4. *Las personas que acompañen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas, por ejemplo civiles integrantes de tripulaciones de aeronaves, corresponsales de guerra, contratistas de suministros, miembros de unidades de trabajo o de servicios responsables del bienestar de las fuerzas armadas, siempre que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas que acompañen, las que deberán proveerles una credencial similar al modelo que se adjunta.*

5. *Los miembros de la marina mercante, incluyendo patrones, pilotos y aprendices y los tripulantes de aeronaves civiles de las partes en conflicto que no sean acreedores a un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional.*

6. *Los habitantes de un territorio no ocupado que, al aproximarse el enemigo, hayan empuñado espontáneamente las armas para oponerse a las fuerzas invasoras, sin haber tenido tiempo para incorporarse a unidades de las fuerzas armadas regulares, siempre que porten sus armas abiertamente y respeten las leyes y prácticas de la guerra.⁴¹*

⁴¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, supra, artículo 4A. Para una lista de los Estados miembros de la OEA que son partes del Protocolo Adicional I véase el Anexo II. Debe observarse que los artículos 43 y 44 de ese instrumento apuntan a aliviar los requisitos de las normas de La Haya y de Ginebra, eliminando la distinción que se encuentra en los reglamentos de La Haya y en el Tercer Convenio de Ginebra, entre fuerzas armadas regulares y cuerpos voluntarios irregulares, milicias y otros movimientos de resistencia organizados y brindando, por consiguiente, a los guerrilleros, la posibilidad de obtener la condición de combatientes protegidos. Más precisamente, en virtud del artículo 43 del Protocolo Adicional I, se concede la condición de combatientes protegidos y de prisioneros de guerra “a todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.” Protocolo Adicional I nota 68, supra, artículo 43(1). El artículo 44(3) del Protocolo Adicional I obliga, además, a los combatientes definidos en el artículo 43 a “distinguirse de la población civil mientras lleven a cabo un ataque o una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, reconociendo que en los conflictos armados se suscitan situaciones en las que debido a la naturaleza de las hostilidades un combatiente armado no pueden distinguirse de tal manera,

68. *A su vez, este privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo. Un combatiente legítimo también puede causar bajas civiles incidentales. Al combatiente legítimo que posee esta protección es preciso darle la condición de prisionero de guerra, como se describe más adelante, tras su captura, e inmunidad contra procesamiento penal en virtud de la legislación interna del captor por los actos hostiles que no violen las leyes y costumbres de la guerra. Esta inmunidad, sin embargo, no se extiende a actos que transgredan las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados.*⁴²

(...)

70. ***Dado que el status de combatiente legítimo y de prisionero de guerra derivan directamente del privilegio del combatiente, en el derecho internacional consuetudinario y convencional el reconocimiento de este privilegio se limita a las situaciones de conflicto armado internacional, conforme a la definición de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. En contraste con ello, el gobierno inmerso en una guerra civil o en otro tipo de***

conservará su condición de combatiente siempre que, en esos casos, porte abiertamente sus armas: a) durante cada combate militar, y b) durante el tiempo que sea visible para el adversario mientras participa de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que vaya a tener participación. Los actos que se ciñan a estos requisitos no se considerarán péfidos con el significado previsto en el artículo 37, párrafo 1(c)". Protocolo Adicional I nota 68, supra, artículo 44(3). Estas disposiciones han sido motivo de controversias entre Estados y nunca fueron aplicadas en un conflicto armado, razón por la cual es posible que no formen parte del derecho internacional consuetudinario. Revisten importancia, empero, para los Estados miembros de la OEA que han ratificado el Protocolo Adicional I. Debe señalarse, asimismo, que aunque se apliquen las normas del Protocolo Adicional I, es posible que se considere que un combatiente ha perdido su condición de combatiente y, por ende, el derecho a ser tratado como prisionero de guerra, por incumplimiento de la norma del artículo 44(3) del Protocolo, vale decir por no haber portado abiertamente sus armas durante cada combate militar y durante el tiempo que haya sido visible para su adversario mientras participaba de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque. Véase George Aldrich, *Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status*, 31 Am. U. L. Rev. 871, 877-878 (1982). [En adelante Aldrich (1982)].

⁴² Véase, por ej., *Estados Unidos c. List (el Caso de los Rehenes)*, [Juicio a los criminales de guerra ante el Tribunal de Nuremberg] 1228, 1238 (1950) (donde se afirma que es incuestionable que los actos cometidos en tiempos de guerra bajo la autoridad militar de un enemigo no pueden entrañar responsabilidad penal de parte de los oficiales o soldados si los actos no están prohibidos por las normas convencionales o consuetudinarias de la guerra); US Department of War, *Intructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, General Order N° 100 (1863) [en adelante, "las Instrucciones Lieber"], artículos 56, 57; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, supra, artículo 87 (donde se establece que los "prisioneros de guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia").

hostilidades internas no está obligado a reconocer a sus oponentes armados el status de prisionero de guerra, dado que esos disidentes no tienen la protección del combatiente. Por lo tanto, esos gobiernos están en libertad de enjuiciar a todos los disidentes capturados por sedición y sus otros actos violentos.⁴³ Al mismo tiempo, no existe norma alguna en el derecho internacional que prohíba a un gobierno, durante un conflicto armado no internacional, asignar a miembros de grupos armados disidentes el status de prisionero de guerra o un status equivalente.» (Negrillas fuera del texto)

Y, lo explica, la doctrina:

«A los fines del principio de distinción, la consecuencia más importante relacionada con el estatuto de combatiente es la pérdida del estatuto de persona civil y de la protección contra los ataques directos. Por otra parte, el estatuto de combatiente conlleva el “privilegio de combatiente”, es decir, el “derecho a participar directamente en las hostilidades” en nombre de una parte en un conflicto armado internacional⁴⁴. El privilegio de combatiente en sí no tiene consecuencia inmediata alguna en lo que se refiere al principio de distinción, pero cobra importancia para el estatuto y los derechos conferidos a una persona tras ser capturada por el enemigo. El estatuto y el privilegio de combatiente se dan exclusivamente en situaciones de conflicto armado internacional y no están contemplados en el DIH que rige los conflictos armados no internacionales.»⁴⁵

En similares términos, el profesor Robert K. Goldman, en su obra *Derecho Internacional Humanitario y Actores no Gubernamentales*⁴⁶, señaló:

⁴³ Solf, *The Status of Combatants* nota 206 supra, 53.

⁴⁴ PA I, art. 43(2).

⁴⁵ MELZER, Nils. *Derecho Internacional Humanitario: Una introducción integral*. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019. Disponible en <https://www.icrc.org/es/publication/derecho-internacional-humanitario-una-introduccion-integral>

⁴⁶ Goldman, Robert K. “Derecho Internacional Humanitario y Actores no Gubernamentales”. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH

«El gobierno, por lo tanto, no está obligado a conceder a sus oponentes armados el status de prisioneros de guerra, por cuanto los disidentes armados no tienen "el privilegio del combatiente", el cual, y en conformidad con los Convenios y el derecho consuetudinario, solamente es aplicable a los conflictos internacionales: así, la condición del prisionero de guerra se deriva directamente del privilegio del combatiente. Básicamente este privilegio es una licencia para matar, herir y/o secuestrar combatientes enemigos; destruir objetivos militares; y causar incidentalmente muertos y heridos entre la población civil. Este privilegio inmuniza a miembros de fuerzas armadas de enjuiciamiento criminal por parte de sus aprehensores, por sus actos violentos que no violen las leyes y costumbres de guerra, pero que de otro modo serían crímenes bajo la ley doméstica. Por el contrario, en conflictos internos, el Artículo 3 de ninguna manera impide que el gobierno pueda castigar a disidentes armados por la comisión de crímenes, de acuerdo con las leyes internas. Por lo tanto, el gobierno puede enjuiciar a los insurgentes que asesinan a los soldados del gobierno por muerte, traición, sedición y otros actos violentos. Tales juicios deben ser conducidos de acuerdo con los requisitos previstos en el Artículo 3. Así, actores no gubernamentales que luchan en territorio nacional contra las fuerzas del gobierno establecido quedan sujetos a dos órdenes jurídicas: una de derecho penal interno y la otra de derecho internacional humanitario.»

E igualmente, se tiene:

«En ausencia del reconocimiento de la beligerancia no existe ninguna norma de derecho internacional que obligue a los Estados afectados por conflictos armados no internacionales a conceder a los combatientes de un movimiento disidente el privilegio de los combatientes o el estatuto de prisionero de guerra. En consecuencia, los combatientes que caen en poder de una parte adversa siguen estando sujetos a su ley de traición. Sus actos de

*Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. Primera Edición, San José, 1994, pág. 93 y 94. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/publicaciones/series/>. En similares términos, Goldman, Robert. "Irregular Combatant and Prisoner of War Status." *Lieber Amicorum Corte Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 1998. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11816.pdf>**

violencia como combatientes pueden considerarse delitos comunes según el derecho interno.»⁴⁷

Conforme con lo anterior, aun cuando es cierto que en conflictos no internacionales como el colombiano tiene plena aplicación el Derecho Internacional Humanitario, ello no permite aseverar que con ocasión de él las organizaciones armadas que enfrenten las fuerzas del Estado obtengan la condición de combatientes en el sentido estricto y propio de enfrentamientos internacionales y con ello, se asuma la no intervención del aparato punitivo cuando ejecuten acciones criminales respecto de lo que podría considerarse «*un objetivo militar legítimo*»; por el contrario, mientras no se les reconozca como actores beligerantes o sujetos de derecho internacional público como en los CAI, sus comportamientos quedan sometidos a la legislación nacional en aquellos eventos donde trasgredan la ley interna.

Contrario a lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas Militares que repelen grupos armados al margen de la ley, pues en estos eventos y bajo el más estricto acatamiento al sistema jurídico nacional, sus actuaciones, en principio, no son punibles.

⁴⁷ Traducción no oficial. El texto original es el siguiente: «*Absent recognition of belligerence, there is no rule of international law that would require states affected by non-international armed conflicts to accord combatants of a dissident movement the combatants' privilege or prisoner of war status. Accordingly, combatants who fall into the power of an adverse party remain amenable to its treason law. Their acts of combatant violence may be regarded as common crimes under municipal law.*» Waldemar A. Solf, "Conference: The American red cross -- Washington College of Law Conference: international humanitarian and human rights law in non-international armed conflicts, april 12-13, 1983: the status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice." En: *American University Law Review*, 33, 53 (FALL, 1983). <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2557/api/document?collection=analytical-materials&id=urn:contentItem:3S3V-3J20-00CW-G29R-00000-00&context=1516831>.

Así lo expresó la Corte Constitucional, en providencia CC C-177-2001:

«Ciertamente, carece de todo fundamento la tesis según la cual la penalización del genocidio político impediría a la Fuerza Pública cumplir su función constitucional de combatir a los grupos políticos alzados en armas, habida cuenta que en las operaciones militares causa “la muerte o heridas a miembros de dichos grupos delictivos” pues, salta a la vista, que se basa en un supuesto equivocado comoquiera que confunde el exterminio de grupos políticos con el combate a organizaciones armadas ilegales.

De ahí que contrarie los dictados más elementales de la lógica, creer que por introducirse en el tipo penal un condicionamiento de esta naturaleza, se afianzaría la legalidad de la acción de las Fuerzas Militares en contra de los grupos alzados en armas, cuya validez, frente al ordenamiento jurídico resulta incuestionable, no sólo por cuanto constituye una manifestación inequívoca de la soberanía estatal, sino porque el derecho internacional la reconoce como legítima y la diferencia de las prácticas atroces de exterminio sistemático, que son las que considera genocidio político.

Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un “homicidio”, y no es tipificada como una conducta punible.»

En ese contexto, se concluye que, las acciones criminales ejecutadas por los grupos insurgentes sí están sometidas a las normas de orden público y no hay lugar a estimar que, en razón del conflicto armado desarrollado en el país, le es permitido atacar a la Fuerza Pública bajo el entendido que tales acciones no son punibles, pues tal comprensión conlleva el “*privilegio de combatiente*” que, se repite, no aplica para los CANI.

Situación diversa es que, en el marco de procesos desmovilización y búsqueda de alternativas para la paz con ocasión de confrontaciones con grupos armados al margen de la ley, se hayan establecido regímenes legales especiales o, mejor, de justicia transicional, en los que han implementado una serie de prerrogativas para aquellos que voluntariamente decidan dejar las armas y reincorporarse a la vida civil.

Como ocurre, por ejemplo, en el régimen de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz -régimen al cual se encuentra vinculado Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas, como miembro del grupo E.R.P.-, que contempló, en materia judicial, una serie de beneficios a cambio de la dejación de las armas, su contribución al esclarecimiento de la verdad y la garantía efectiva de los derechos de las víctimas, particularmente, la pena alternativa, como sanción sustitutiva de la ordinaria⁴⁸; sin contemplar, los institutos de la amnistía o el indulto⁴⁹,

⁴⁸ La pena alternativa consiste en la suspensión la ejecución de la pena de prisión determinada en la respectiva sentencia, para ser reemplazada por una de igual naturaleza que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 8, a condición de satisfacer algunas condiciones: (i) que sean autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, (ii) hubieren decidido desmovilizarse; (iii) aporten definitivamente a la reconciliación nacional; (iv) se dé su adecuada resocialización; (v) colaboren con la justicia y (vi) contribuyan a la reparación a las víctimas.

⁴⁹ Sobre la conceptualización de estas figuras la Corte Constitucional dijo: «La amnistía extingue la acción penal, mientras que el indulto es una institución que redime la pena correspondiente al delito. Mediante aquella el Estado olvida el delito; cuando concede el indulto no lo ignora, sino que exime de la pena que es su consecuencia jurídica. Como la amnistía se refiere al ejercicio mismo de la acción penal su aplicación corresponde a los jueces. Al ejecutivo le corresponde conceder el indulto, pues si ya se ha dictado sentencia e impuesto la condena respectiva, la Rama Judicial ya ha agotado su competencia

tal y como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006, al analizar los reparos a la Ley 975 de 2005, según los cuales, en ésta se permitía este tipo de institutos:

3.3.3. Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede -con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la

funcional, y agotada la jurisdicción es al ejecutivo a quien le compete hacer efectivas las sentencias condenatorias. Por ello, el artículo 201 de la Constitución le confiere al Gobierno, en relación con la Rama Judicial, la facultad de conceder indultos por delitos políticos con arreglo a la ley, y con el deber de informar al Congreso sobre el ejercicio de esa facultad.

La amnistía por su propia naturaleza impide proseguir el proceso que ya hubiere sido iniciado y que no hubiere culminado con sentencia. El indulto no exime del proceso penal, y en caso de existir sentencia condenatoria ésta no podrá ejecutarse. Con todo, si al momento de concederse la ley de amnistía ésta resulta aplicable a personas contra quienes ya hubiere sentencia condenatoria, se exceptiona la cosa juzgada y desde entonces cesa la ejecución de la pena para lo cual habrá de comunicarse al juez que dictó la sentencia en primera instancia, institución que la doctrina conoce como amnistía impropia.» CC C-270-06

privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca, beneficio que será objeto de análisis detenido posteriormente en esta misma providencia.

No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto, y por tanto mal podía exigirse al Legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas.

Tampoco establece la ley acusada una amnistía o indulto velado, habida cuenta de que el concepto de alternatividad penal (art. 3), así como las características de este instituto, parten de la base de que el juez impondrá, en la sentencia, la condena ordinaria que correspondería a los delitos demostrados.»

Cosa distinta ocurre en el Marco Constitucional y Legal del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, donde los destinatarios de dicho régimen tienen establecido una serie de beneficios distintos a la pena alternativa, por ejemplo, la amnistía para miembros de grupos armados ilegales que suscribieron el Acuerdo Final para la Paz, ello, bajo especificidades del proceso de negociación al que se llegó entre los actores que hicieron parte del mismo. Sobre tal concesión, la Corte Constitucional explicó:

«Los tratamientos penales especiales que puede otorgar la JEP encuentran fundamento en el inciso octavo del artículo transitorio 5 y en el párrafo del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017. Dichas disposiciones señalan que el otorgamiento de tratamientos penales especiales está condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, los tratamientos penales especiales se otorgan teniendo en cuenta la gravedad del delito, razón por la que los tratamientos más restrictivos de libertades y derechos se aplican respecto de hechos que revisten mayor gravedad y, por consiguiente, la obligación de atribuir responsabilidades no admite excepciones.

Los hechos del conflicto armado se distinguen en dos categorías, conforme a lo expuesto anteriormente: (i) los hechos sobre los cuales la obligación de atribuir responsabilidades no admite excepciones, en aras de la paz, y (ii) los hechos no amnistiables.

(i) Respecto de los hechos en los que la obligación de investigar, juzgar y sancionar se convierte en facultativa en aras de conseguir la paz, cabe la amnistía, el indulto y la renuncia a la persecución penal. En el caso de delitos de responsabilidad de las guerrillas que constituyan delitos políticos, procede la amnistía y el indulto, con fundamento en el artículo 150-17 de la Constitución Política. Adicionalmente, dentro de los delitos políticos el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en cumplimiento del Acuerdo Final, ha establecido dos niveles de gravedad. De un lado, los delitos políticos que dan lugar a la amnistía de iure, esto es, los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada y los conexos definidos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016. La amnistía de iure opera por ministerio de la ley y puede ser aplicada directamente por los jueces que adelantan la investigación, o por el Presidente de la República mediante acto administrativo. De otro lado, los delitos políticos que dan lugar a la amnistía de Sala, que solo puede conceder la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, en relación con delitos cuyo objetivo fue el de “facilitar, apoyar, financiar u ocultar” el desarrollo de la rebelión (art. 23 de la Ley 1820 de 2016). Entonces, se trata de delitos que eventualmente revisten mayor gravedad que aquellos que son objeto de la amnistía de iure y la determinación de su conexidad debe ser estrictamente verificada por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP.»⁵⁰

Y se hace hincapié en este instituto porque, el Magistrado con función de Control de Garantías de Barranquilla aludió a una decisión adoptada por la Sala de amnistía o indulto de la JEP⁵¹, para soportar su conclusión respecto de la no imposición de medida de aseguramiento,

⁵⁰ CC C-080-2018

⁵¹ Caso adelantado contra Marilú Ramírez Baquero, por los hechos ocurridos el 19 de octubre de 2016, en las instalaciones de la Escuela Superior de Guerra en Bogotá, donde se produjo una explosión con carro – bomba que causó daños materiales en las instalaciones y lesiones a varias personas que se encontraban tanto en la Escuela como en la Universidad Militar Nueva Granada; acción atribuida a la guerrilla de las Farc.

sin detenerse en que, el raciocinio de la magistratura que decidió tal asunto en esa jurisdicción especial, apuntó a la constatación de los presupuestos para conceder la amnistía por delitos conexos al delito político de rebelión en el marco de la Ley Estatutaria de la JEP y la Ley 1820 de 2016, compendios normativos que fijan un ámbito de aplicación personal en el que no encuentra subsunción el caso de autos.

En esa línea, se recuerda:

«1. El artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, asignando el conocimiento prevalente, preferente y excluyente sobre las demás jurisdicciones, de todas aquellas conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, «en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos», siempre que hayan tenido ocurrencia con antelación al 1° de diciembre de 2016.

Para determinar la competencia de la JEP, el artículo 23 ibidem contiene los criterios que permiten identificar una conducta delictiva y su relación con el conflicto armado, a saber:

a) Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible, o

b) Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

- Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.

- Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.

- *La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.*
- *La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.*

Frente a los destinatarios del sistema especial de justicia y de los beneficios de aplicación inmediata previstos para los integrantes del grupo desmovilizado, el mencionado artículo transitorio 5° establece que lo serán los combatientes de los grupos armados que suscriban un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional.

Así, la Corte Constitucional, al efectuar el control automático y único de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, precisó que la comparecencia obligatoria a ese sistema de justicia se predica de los alzados en armas, integrantes de las FARC-EP, por ser «una condición de quienes se encontraban al margen de la ley para incorporarse al proceso de paz y para someterse a la justicia. Siendo ello así, el sometimiento de los alzados en armas a la JEP no comporta una sustitución [d]el principio del juez natural, puesto que dicho sometimiento resulta, precisamente, de su voluntad de sujetarse a una autoridad jurisdiccional diferenciada de las ordinarias del Estado y que les ofrezca suficientes garantías desde una perspectiva transicional» (CC C-674-2017, apartado 5.5.2).

En términos más específicos, con posterioridad la Ley 1957 de 2019, en su artículo 63, previó que la JEP es competente, en su ámbito personal, respecto de todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, siempre que: (i) se trate de investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión; (ii) combatientes de los grupos armados al margen de la ley, siempre que hayan sido miembros de las organizaciones que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional; y (iii) personas que hayan sido acusadas en providencia judicial o condenadas en cualquier jurisdicción por vinculación a dicho grupo, aunque los afectados no reconozcan esa pertenencia.»⁵²

⁵² CSJ AP2177-2021, Rad. 49060

De allí que, no es dable sin más, hacer una comparación entre dichos regímenes de justicia transicional, por cuanto, cada uno de ellos responde a necesidades y momentos históricos diversos, en los que, se determinaron parámetros de judicialización distintos respecto a actores armados de uno u otro proceso de reincorporación.

Luego, aun cuando en el régimen legal expedido con ocasión del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, esto es, el Acto Legislativo 01 de 2017 y las Leyes Estatutaria de la JEP⁵³ y 1820 de 2016, se tiene contemplado el beneficio de la amnistía como medida para impedir el enjuiciamiento penal, es claro que ésta surge a partir del análisis de las precisas condiciones establecidas en ese grupo normativo.

En particular, la Ley 1820 de 2016 que estableció el esquema normativo para la concesión de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales, misma en la quedó delimitado los *«ámbitos de competencia temporal, personal y material para determinar la procedencia o no del beneficio de amnistía en cada caso, asegurando que la amnistía sea otorgada únicamente por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de Paz, a personas que efectivamente pertenecieron o colaboraron con las FARC-EP, y por conductas relacionadas con el conflicto armado y el actuar de dicho grupo rebelde, siempre que las mismas no sean*

⁵³ Ley 1957 de 2019

constitutivas de crímenes sobre los cuales el derecho internacional y el artículo 23 de la misma Ley 1820 prohíben el beneficio de amnistía.»⁵⁴

Es decir, en principio, estaría dada –la amnistía– para los denominados delitos políticos⁵⁵, pero también para sus conexos; estos últimos, bajo el listado que se expone en el artículo 16 de la Ley 1820⁵⁶ o, en el entendido que cumplen los criterios establecidos en el artículo 23 de la misma norma⁵⁷, por estudio que realice la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP.

⁵⁴ JEP. Sala de Amnistía o Indulto, auto 12 feb. 2020, SAI-AOI-D-003-2020

⁵⁵ Ley 1820 de 2016. Artículo 15. AMNISTÍA DE IURE. Se concede amnistía por los delitos políticos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción”, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

⁵⁶ Ley 1820 de 2016. Artículo 16. Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje.

El anterior listado de delitos será también tenido en cuenta por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de que esta Sala también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley. Las conductas que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto son las mencionadas en el artículo 23 de esta ley.

En la aplicación de la amnistía que trata la presente ley se incluirá toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales.

⁵⁷ Ley 1820 de 2016. Artículo 23. CRITERIOS DE CONEXIDAD. La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios:

a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate

Previsiones legales que, de manera alguna, encuentran un equivalente en el régimen de la Ley 975 de 2005, para sugerir que, por vía de analogía, se deba conceder una prerrogativa similar; ya que, como quedará previamente establecido, a partir de la propia normativa y la jurisprudencia (CC C-370 de 2006), el beneficio que cobija a los postulados de Justicia y Paz, es la pena alternativa y no la amnistía, como mecanismo de extinción de la acción penal.

Entonces, a modo de síntesis, se tiene que: (i) el Derecho Internacional Humanitario, sin duda, integra el ordenamiento jurídico colombiano y, por consiguiente, son aplicables sus reglas en el marco del conflicto armado interno; (ii) de acuerdo con de las normas del Derecho

compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o

b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o

c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

La Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso.

PARÁGRAFO. (Apartes tachados INEXEQUIBLES y subrayadas CONDICIONALMENTE exequibles) En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto ~~únicamente~~ los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los ~~graves~~ crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables;

b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

~~Se entenderá por "grave crimen de guerra" toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática.~~

Internacional Humanitario, tanto desde el derecho convencional como consuetudinario, el concepto de “*combatiente*” tiene aserciones y efectos diversos, dependiendo de si se trata de conflictos armados internacionales –CAI- o no internacionales –CANI. En ese sentido, únicamente en los CAI se activa el denominado “*privilegio del combatiente*”, que permite entender que las acciones cometidas por grupos insurgentes y dirigidas contra el grupo opuesto, no son sancionables al recaer sobre un “*objetivo militar legítimo*”; (iii) los instrumentos desarrollados al interior de la legislación nacional, en procura de lograr la paz y permitir procesos de reincorporación de sujetos partícipes de las hostilidades en el conflicto armado colombiano, deben ser analizados y aplicados en los contextos precisos para los cuales fueron instituidos, pues, aun cuando en la actualidad, existen dos procesos de justicia transicional, los beneficios que en uno y otro sistema se establecieron, son diferentes y tienen diversos destinatarios.

5. Del análisis del caso concreto.

Conforme con los antecedentes que se verifican a partir del desarrollo de las audiencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento y, demás anexos que obran en el expediente –digital- remitido, se tiene que *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*⁵⁸, perteneció

⁵⁸ Certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas- CODA No. 0083 – 2008 de enero 17 de 2008. Postulación: marzo 20 de 2012. Cfr. Archivo “7.- HOJA DE VIDA WILMER JESÚS RODRIGUEZ VANEGAS”

al grupo armado denominado Ejército Revolucionario del Pueblo- E.R.P.⁵⁹ y, como miembro de este grupo, se postuló a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

Que, con ocasión de ello, la Fiscalía General de la Nación, en audiencia del 25 de julio de 2020, le formuló imputación por hechos cometidos durante y con ocasión de su militancia en la referida organización, entre ellos, los identificados con los números **19** y **22**.

El primero de esos sucesos, esto es, el **19**, tuvo ocurrencia el 14 de febrero de 1997 y, consistió en la incursión armada al municipio de Galeras, por aproximadamente 150 hombres, en el que, además de privarse de la libertad a varias personas de la población civil (Jaime Arturo de la Ossa Rodríguez, Libardo Rafael López López, Efraín Antonio Iriarte Díaz, Luz Sara López, Erlinda María Luna Severiche, Ismael Antonio Lastre Díaz, Rafael Ignacio Arrieta y Cesar Manuel Hernández Mesa) y producirse daños en bienes de propiedad algunos habitantes (Andrea Yadith Herazo Anaya y María Otilia Hernández Navarro), se atacó la estación de Policía del municipio. En esta acción, perdió la vida Jovanny Felipe Torres Correa, y resultaron heridos Alberto Ismael Quiroz Sampayo, Arístides Barrera Padilla, Jaime Meléndez Anaya y Fredy Antonio Belalcazar Andrade, miembros de la institución.

⁵⁹ Grupo de guerrilla, que surgió a partir de una escisión del Frente “Alfredo Gómez Quiñonez”, del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional ELN. Cfr. Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, 28 jun. 2019. Rad. 08001- 22- 52- 003- 2018- 83097. Archivo “Sentencia Wilfredo Manuel Beleño Jaramillo y otros ERP”

También se arremetió en contra del vehículo de la Policía Nacional que acudió a prestar apoyo, resultando muerto Jorge Enrique Villada Martínez y lesionados Roberto Tamara Garay, René Rivera Gómez y Eduard Villada Herrera y, se sustrajeron algunos elementos de dotación del personal de policía.

Por tal supuesto fáctico, la Fiscalía resolvió imputar las conductas de *(i)* toma de rehenes, en razón de las retenciones de los miembros de la comunidad, *(ii)* destrucción y apropiación de bienes protegidos, con ocasión de los daños en inmuebles de dos ciudadanas; *(iii)* actos de terrorismo, por razón del ataque indiscriminado y excesivo del cual fue objeto la población del municipio de Galeras, *(iv)* homicidio agravado, por los decesos de los miembros de la Policía Jovanny Felipe Torres Correa y Jorge Enrique Villada Martínez, *(iv)* tentativa de homicidio por los atentados en contra de la vida de Alberto Ismael Quiroz, Arístides Barrera Padilla, Jaime Meléndez Anaya, Roberto Tamara Garay, René Rivera Gómez y Eduard Villada Herrera y, *(v)* hurto agravado calificado por el hurto de elementos de intendencia del personal policial.

Por los tres primeros comportamientos delictivos, la Judicatura de primera instancia, impuso medida de aseguramiento, al recalcar que los hechos involucraban a sujetos y objetos de protección del derecho internacional humanitario.

No así, respecto de los restantes ilícitos, tras advertir que no comprendían acciones objeto de sanción al recaer

sobre objetivos militares legítimos, en razón de la calidad de oponentes en el conflicto armado desatado entre el E.R.P. y la Policía Nacional.

Tesis que quedó desvirtuada a partir de la reflexión de la que se ocupó la Corte en el anterior acápite, dado que la sola circunstancia de que los miembros de la organización subversiva hayan dirigido sus acciones en contra miembros de la Policía Nacional, bajo el entendido de que era su oponente natural, no desestima su judicialización al interior del proceso de Justicia y Paz, toda vez que, el “*privilegio de combatiente*” no se activó en los términos expresados por la Magistratura de primera instancia en el conflicto armado colombiano y, la normativa que aplica a los postulados a este régimen de justicia transicional no consagran *per se* ninguna prerrogativa en esa línea.

Luego, la motivación que expresó en tal sentido el Magistrado con función de Control de Garantías, fenece ante las precisiones efectuadas por esta Corporación y por ello, en principio, la situación advertida no es obstáculo para que se imponga medida de aseguramiento en contra del postulado en comento.

Lo que no ocurre es que la calificación de tales conductas, pueda identificarse con atentados contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, comoquiera que, en efecto, los directos afectados no se ajustaba a los parámetros establecidos.

A ese respecto, necesario se hace recordar que, si bien la Policía Nacional, como integrante de la Fuerza Pública⁶⁰- «*está constituida como una organización de naturaleza civil, a cargo de la Nación, que tiene una finalidad principalmente preventiva en el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, y para asegurar que los habitantes del territorio vivan en paz*»⁶¹, en la actual coyuntura colombiana la distinción que por tal circunstancia podría establecerse con las Fuerzas Militares, en la práctica, no siempre aplica, en la medida que se ha reconocido en una “zona gris”, pues en muchas ocasiones debe defender a la población civil en escenarios de guerra.

En tal senda se dejó precisado en sentencia CC-208A-2016:

La Sentencia C-444/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), acogiendo el criterio fijado en la C-453/94 sostuvo lo siguiente:

“De otra parte, la Corte también reconoció en la sentencia últimamente citada, que existen algunas dificultades derivadas de condiciones fácticas que impiden hacer la separación aludida, lo que la condujo a señalar que “en la práctica esta división conceptual encuentra limitaciones derivadas del aumento de la violencia social, entre otros factores perturbadores del desarrollo institucional. La existencia de agentes internos de violencia organizada desestabiliza la distinción entre lo civil y lo militar”. En otras palabras, la distinción deseable entre estos dos ámbitos, vital en un Estado de derecho, puede verse obstaculizada por la necesidad de responder a fuentes de violencia internas que comprometen tanto el orden constitucional (cuya defensa es fin primordial de las fuerzas militares, según el artículo 217 de la Constitución Política), como las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (que corresponde a la policía nacional, de acuerdo con el artículo 218 de la Carta); “estas circunstancias han determinado la existencia de una especie de

⁶⁰ Artículo 216 de la Constitución Política de Colombia

⁶¹ CC T-1206 de 2001.

‘zona gris’ o ‘fronteriza’ en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa.”

En el mismo sentido, la sentencia T-1206 de 2001 puntualizó que:

“La naturaleza preventiva de su función implica que el cuerpo de policía deba tener la capacidad de reaccionar rápidamente para contrarrestar situaciones que, de extenderse, comprometan el ejercicio de los derechos y libertades, o amenacen la convivencia pacífica. En efecto, la función que cumple la policía consiste principalmente en vigilar y controlar conglomerados humanos, lo cual hace indispensable que la ubicación de sus estaciones en ciudades y municipios esté diseñada estratégicamente hacia tal propósito. A pesar de lo anterior, la situación actual de conflicto colombiano, impide que se pueda clasificar el cuerpo de policía como una institución de naturaleza enteramente civil desde un punto de vista normativo, pues los factores de inestabilidad que se viven cotidianamente en ciertas zonas del país son generalizados, hasta el punto de que sus miembros, y las instalaciones donde desarrollan su labor, constituyen objetivos militares frecuentes de la guerrilla. Por otra parte, en este conflicto, los medios utilizados por los actores armados para atacar las estaciones de policía son indiscriminados y en ocasiones resultan lesionando gravemente a la población civil. En esa medida, el desbordamiento del conflicto armado lleva a un incremento de la violencia, que a su vez implica que algunos aspectos inherentes a la prestación de un servicio público cuya finalidad es garantizar la vida y demás derechos a la población, terminan por convertirse en un riesgo para los bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante el mismo servicio”.

Por tanto y a partir de lo anterior, si la policía nacional en algunos casos se considera parte del conflicto pues las necesidades de la guerra así lo justifican, es apenas natural que deban cumplir, en todo momento y lugar, las normas relativas al Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Acorde con lo anterior, deben respetar todas y cada una de las normas previstas en los estatutos jurídicos que regulan estos asuntos.»

Y esta Corporación, en providencia CSJ SP107-2020, Rad. 48724:

En esa línea también se ha admitido el marco conceptual para identificar a la población civil frente a los combatientes, tal como la Corte Constitucional lo expuso en C-291-2007, partiendo del principio de distinción que opera en los conflictos armados no internacionales; así,

el término civil se refiere a las personas que reúnen dos condiciones: (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas; y, (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como «personas civiles» o «individuos civiles», o de manera colectiva en tanto «población civil».

De lo anterior, concluyó que: «[...] la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su status legal en abstracto», máxime cuando la noción de «hostilidades», al igual que la de «conflicto armado», trasciende el ámbito del combate, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. (CC C-207-2007).» (CSJ SP107-2020, Rad. 48724)

De modo que, en las circunstancias del caso, aun cuando no es dable predicar la condición de personas protegidas⁶² de los policiales Jovanny Felipe Torres Correa, Jorge Enrique Villada Martínez (fallecidos), Alberto Ismael Quiroz, Arístides Barrera Padilla, Jaime Meléndez Anaya, Roberto Tamara Garay, René Rivera Gómez y Eduard Villada Herrera (heridos), las conductas de las cuales resultaron víctimas, igualmente son proscritas por el derecho penal colombiano, inicialmente, en la calificación imputada por la

⁶² Código Penal, Art. 135. Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

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

delegada fiscal y a partir de las circunstancias denotadas exclusivamente conforme con los elementos aportados para respaldar la medida de aseguramiento.

También procede la imposición de la medida cautelar personal por el hecho **22**, cuya víctima fue el integrante de la Infantería de Marina, José Luis Mendoza Charris, quien resultó lesionado, en la acción desplegada por miembros del E.R.P. con cilindros bomba, el 18 de diciembre de 1999, en el corregimiento de las Ferias del municipio del Carmen de Bolívar; en tanto, se repite, conforme con las precisiones efectuadas en los acápite anteriores, aun cuando es parte de las Fuerzas Militares, resulta reprochable el atentado que sufrió en su vida.

Lo anterior, con la precisión⁶³ de que la calificación jurídica que se hace en este momento procesal, se asume para fines de la imposición de la medida de aseguramiento, lo cual significa que no tiene el carácter de definitiva, pues, con los medios de convicción que se alleguen por la Fiscalía ante la instancia de Conocimiento, será el Tribunal el que deberá valorar la adecuación al momento de legalizar la formulación de cargos, teniendo ya dilucidadas las particularidades del suceso conforme con la realidad probatoria.

De manera que, en síntesis, los argumentos expuestos en la decisión adoptada por el Magistrado con Funciones de

⁶³ Como igualmente quedara consignada en CSJ AP 5920-2021, Rad. 58457

Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, no son de recibo para esta Corporación, pues, de manera equivocada consideró que los actos delictivos cometidos por los miembros del E.R.P. en contra de miembros de la Fuerza Pública, y en particular, por *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, no son susceptibles de judicialización, sin detenerse en que, si bien no se enmarcan en aquellos atentados contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, sí se ajustan a la protección que establece nuestro sistema penal colombiano a las conductas que lesionan el bien jurídico de la vida e integridad personal o del patrimonio económico.

Por tal razón, la providencia impugnada será revocada, exclusivamente en lo que fue objeto de apelación y, en su lugar, se impondrá medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por los hechos rotulados como **19** y **22**, conforme con delitos imputados, por las acciones en contra de miembros de la Fuerza Pública.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la parte impugnada del auto del 22 de octubre de 2020, emitido por el Magistrado con Función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, para, en su lugar, imponer

medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por los hechos rotulados como **19** y **22**, conforme con delitos imputados, por las acciones en contra de miembros de la Fuerza Pública.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.


FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN


FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

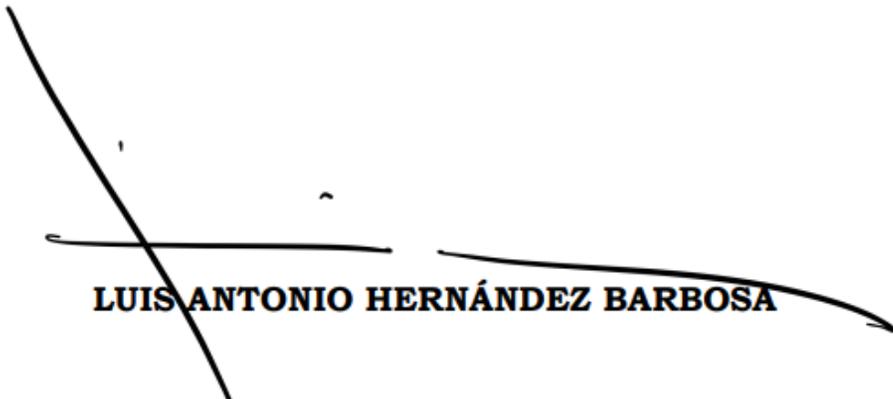


GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

SR



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

CUI 080012252001201984760001

N.I. 58433

Segunda Justicia y Paz

Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022