

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP5333-2018

Radicación No. 50236

Aprobado Acta No. 400

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y los representantes de víctimas contra la sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín el 30 de enero de 2017, en el proceso seguido contra los postulados RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, WILLIAM MOSQUERA MOSQUERA, GAMES LOZANO BADILLO, CARLOS MARIO MONTOYA PAMPLONA y LUIS ÓMAR MARÍN LONDOÑO, exintegrantes del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste de las Autodefensas.

Rodrigo

ANTECEDENTES

1. Bloque Pacífico- Héroes del Chocó.

A finales del año 1995, por solicitud de mineros y comerciantes del Chocó, surgió el Frente Minero, que más tarde conformaría el Bloque Pacífico -Héroes del Chocó-, con el objetivo de combatir la presencia de grupos armados insurgentes, como el ERG y los frentes Benkos Biohó, Manuel Hernández y el Boche del ELN, y el 57 de las FARC, así como a la delincuencia común.

Para el año 1998, la violencia en esa zona tuvo un marcado incremento como consecuencia de la creación y consolidación del mencionado grupo armado ilegal, cuyos miembros asesinaban a quienes fuesen señalados como colaboradores o auxiliares de grupos insurgentes, miembros de bandas criminales, delincuentes comunes, drogadictos o socialmente conflictivos.

Más adelante, en el año 2001, Vicente Castaño Gil le ordenó a RODRIGO ZAPATA SIERRA, organizar un grupo en el Río Baudó para proporcionar seguridad a los embarques del narcotráfico, lo que originó la creación del Frente Héroes del Chocó.

Entretanto, el Frente Pacífico era dirigido por Dorian Alberto Mejía Galeano, alias *Tabaco*, y Álvaro Mesa, alias *Simón*, quienes con el objetivo de brindar seguridad en esa zona ejecutaron y desaparecieron a un grupo de jóvenes, entre los que se cuenta una mujer señalada por un

Rodrigo
2

narcotraficante como funcionaria de la DEA; Vicente Castaño los retiró del mando y trasladó esa estructura en marzo del año 2002 a la región del Baudó, bajo el liderazgo de RODRIGO ALBERTO ZAPATA y al mando militar de Luis Eduardo Echavarría, alias *Jonathan*, grupo que se fusionó con Héroes del Chocó y amplió su zona de convergencia desde Bahía Solano hasta la Boca de Togoromá, en la desembocadura del río San Juan, en límites del departamento del Valle del Cauca.

Durante los años 2001 y 2002, se manejaron dos estructuras distintas: por un lado el Frente Héroes del Chocó, al mando de Luis Eduardo Echavarría Durango, alias *Jonathan*, y el Frente Minero, bajo el mando de Aldemar Echavarría Durango, alias *Mario*, los que dependían directamente del postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA. No obstante, por desacuerdos entre comandantes, a finales de 2002 ambas estructuras se unificaron bajo el mando de Luis Eduardo Echavarría Durango y Eber Peñaata Torres, alias *Guacharaco*, como segundo comandante militar.

Así las cosas, RODRIGO ZAPATA SIERRA fue responsable de toda la estructura hasta su desmovilización que se hiciera efectiva con el Bloque Calima el 18 de diciembre de 2004.

2. Frente Suroeste.

Para el año 1998, en la finca "El Maguey" en la vereda Juan Cojo del municipio de Girardota, mientras su propietario Vicente Castaño Gil y otros comandantes

Rodrigo

departían en una reunión, fueron atacados por milicianos del Frente Fernando Giraldo del ELN.

Entre los años 1999 y 2000, Castaño Gil se asentó en el suroeste antioqueño, en una zona ubicada entre los municipios de Amagá, Titiribí y Angelópolis, en este último, Carlos Mauricio García, alias *Doble Cero*, ordenó enviar una escuadra de 12 hombres para crear el Frente Romeral con el fin de reforzar la seguridad, teniendo en cuenta las constantes quejas de los finqueros sobre delincuencia común.

El Frente Suroeste se creó inicialmente con el fin de proveerle seguridad a Vicente Castaño Gil, en el territorio donde éste fijó su punto de descanso y centro de reuniones, así como también, se hizo para proteger los intereses de finqueros y narcotraficantes, quienes eran fuentes directas de financiación del grupo amado ilegal.

Dentro del proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, se produjo la desmovilización colectiva del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó el 23 y 27 de agosto de 2005.

3. Procesales.

3.1 El 26 de noviembre de 2012, la Fiscalía 37 Delegada solicitó ante el Magistrado de Control de Garantías, audiencia de formulación de imputación parcial de los cargos e imposición de medida de aseguramiento contra el postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA,

Rodrigo 4

diligencia que se llevó a cabo el 4 de julio de 2013¹ y en la que se le imputaron 27 sucesos criminales cometidos durante su pertenencia al Frente Suroeste, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

Posteriormente, el 30 de agosto de 2013, la Fiscalía 20 de Justicia y Paz solicitó ante la Sala de Conocimiento audiencia de formulación y aceptación de cargos², ante el Magistrado de Control de Garantías.

3.2 Mediante auto de 17 de febrero de 2014³, el Magistrado Ponente del Tribunal de Justicia y Paz de Medellín solicitó al Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz el traslado del cuaderno que hace referencia a la formulación de imputación realizada a RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA. Tal pedimento se cumplió a través de oficio No 3547 de 11 de noviembre de ese año⁴.

3.3 El 27 de octubre de 2014, en audiencia de formulación de imputación parcial de cargos e imposición de medida de aseguramiento contra el postulado ZAPATA SIERRA, se le imputaron los delitos cometidos con ocasión de su pertenencia en el Frente Suroeste, conforme a los patrones de criminalidad de homicidio y desaparición forzada⁵.

¹ Cfr. folios 35-42, cdno 1 formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

² Cfr. folios 1-101, cdno 1 audiencia concentrada formulación y aceptación de cargos.

³ Cfr. folio 104, ibíd.

⁴ Cfr. folio 114, cdno 1 audiencia concentrada.

⁵ Cfr folios 38-47, cdno 2- formulación de imputación y medida de aseguramiento.

Rodrigo
5

3.4 El 2 de febrero de 2012, ante el Magistrado con Función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz de Medellín, en audiencia de imputación del postulado William Mosquera Mosquera, se le formularon 4 cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

3.5 El 30 de marzo de 2012, la Fiscalía 37 Delegada de Justicia y Paz de Medellín requirió al Magistrado de Control de Garantías la celebración de audiencia de formulación de cargos del postulado William Mosquera Mosquera. Empero, el 10 de diciembre de esa anualidad el ente fiscal solicitó la remisión de la actuación a la Sala de Conocimiento, atendiendo a que había entrado en vigencia la Ley 1592 de 2012.

3.6 El 26 de abril de 2012, el Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz, celebró audiencia conjunta de formulación de imputación parcial e imposición de medida de aseguramiento contra los postulados Games Lozano Badillo y Catalino Segura Moreno.

3.7 El 16 de marzo de 2009, la Fiscalía 46 Delegada de Medellín solicitó audiencia de formulación de imputación parcial e imposición de medida de aseguramiento, contra el postulado Carlos Mario Montoya Pamplona, desmovilizado del Bloque Pacífico, diligencia que se desarrolló así:

- a. 22 de abril de 2009: 4 cargos.
- b. 13 de julio de 2009: 20 cargos.
- c. 14 de julio de 2009: 1 cargo.

Rodrigo
6

d.2 de junio de 2010:26 cargos.

e. 27 de julio de 2010:2 cargos.

3.8 El 13 de junio de 2012, en audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra el postulado Luis Ómar Marín Londoño, se le impusieron 33 cargos y medida de aseguramiento privativa de la libertad.

3.9 El 22 de enero de 2015, la Fiscalía 20 Delegada solicitó la acumulación del proceso seguido contra ZAPATA SIERRA por los delitos de concierto para delinquir, homicidio, tentativa de homicidio y desaparición forzada, radicado 2010-84398 y los procesos que se adelantaban como comandante financiero del Frente Suroeste y del Bloque Pacífico- Héros del Chocó en la Fiscalía 40 Delegada de Cali, en conjunto con Games Lozano Badillo, Carlos Mario Montoya Pamplona y Luis Omar Marín Londoño⁶.

Acumulados los procesos, la Sala de Justicia y Paz adelantó audiencia de formulación y aceptación de los cargos de los postulados RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, Luis Omar Marín Londoño, Carlos Mario Montoya Pamplona, Games Lozano Badillo y William Mosquera Mosquera, integrantes del Bloque Pacífico y del Frente Suroeste, los días 22 y 23 de enero, 5 de marzo, 30 de abril, 9-12 de junio, 18 y 19 de junio, 17,18 y 22 y 23 de septiembre, 3-5 y 11 y12 de noviembre de 2015 y 21, 22 y

⁶ Cfr folios 175-183, cdno 1, audiencia concentrada.

Rodrigo

29 de enero, 17 y 18 de marzo, 2 -16 y 10 y 11 de mayo de 2016.

El 4 de noviembre de 2015, la Magistratura reconoció a las víctimas y a sus apoderados⁷ y posteriormente dio inició a la audiencia de incidente de reparación integral.

4. Postulados.

4.1. RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, alias *Ricardo o Cara'e Mondá*, se desmovilizó con el Bloque Calima el 18 de diciembre de 2004, en la finca El Jardín del corregimiento Galicia, municipio de Bugalagrande. El 17 de diciembre de 2009, solicitó su postulación a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

Mediante oficio⁸ de 7 de octubre de 2010, el Ministerio del Interior y de Justicia remitió a la Fiscalía General de la Nación un listado de 32 personas desmovilizadas con el Bloque Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia, en el cual el postulado RODRIGO ZAPATA SIERRA ocupaba el puesto No 29.

4.2 William Mosquera Mosquera, alias *Terrible*, se desmovilizó el 1º de agosto de 2005 en la Finca La Mariana, ubicada en el paraje Palo Negro del corregimiento Cristales del municipio de San Roque (Antioquia), con el Bloque Héroes de Granada de las Autodefensas Unidas de Colombia.

⁷ Cfr folios 450 y ss, cdno No 2, audiencia de formulación y aceptación de cargos.

⁸ Con oficio No.10-36607-DJT-0630.

Rodrigo
8

149

El 17 de agosto de 2007, manifestó su deseo de ser postulado a los beneficios del proceso de justicia transicional, comunicando tal intención al Fiscal General de la Nación el 19 de mayo de 2008⁹.

4.3 Games Lozano Badillo, alias *Pacífico* o *Mi Sangre*, se desmovilizó con el Bloque Élmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia, acto que se desarrolló los días 12 y 30 de abril y 30 de agosto de 2006 en la vereda El Tigre del Municipio de Unguía (Chocó).

Lozano Badillo se encontraba privado de la libertad al momento de la desmovilización y no hizo parte de la lista de personas reconocidas por el miembro representante, sin embargo, a través de oficio de 31 de agosto de 2009, solicitó su postulación a los beneficios de la Ley 975 de 2005 al Alto Comisionado para la Paz, siendo incluido en la lista de postulados que se comunicó al Fiscal General de la Nación, el 25 de febrero de 2010¹⁰.

4.4 Carlos Mario Montoya Pamplona, alias *Arbolito*, se desmovilizó colectivamente con el Bloque Pacífico - Héroes del Chocó - el 23 de agosto de 2005, en el municipio de Istmina (Chocó). El Gobierno reconoció a Luis Eduardo Echavarría Durango, alias *Jonathan*, como miembro representante de dicho Bloque, quien mediante oficio de 27 de agosto de 2005, remitió la lista de desmovilizados, en la cual aparecía el mencionado.

⁹ Con oficio No.08-13742-GJO-0301.

¹⁰ Con oficio No 10-6097-DJT-0330.

Rodrigo
9

El 12 de abril de 2006, Montoya Pamplona manifestó al Alto Comisionado para la Paz su voluntad de acogerse a los beneficios del proceso de Justicia y Paz. El 15 de agosto de esa anualidad, el Ministro del Interior y de Justicia remitió al despacho del Fiscal General de la Nación el oficio con el listado de postulados por el Gobierno Nacional, con inclusión de Carlos Mario Montoya Pamplona.

3.5. Luis Ómar Marín Londoño, alias *Cepillo*, se desmovilizó con el Bloque Héroes del Llano y el Bloque Héroes del Guaviare el 11 de abril de 2006, suscribió el acta de entrega voluntaria el 7 de abril de ese año, fecha desde la cual se encuentra privado de la libertad.

El 6 de noviembre de 2007, solicitó ante el Alto Comisionado para la Paz su postulación a los beneficios del proceso de justicia transicional, decisión comunicada al Fiscal General de la Nación mediante oficio de 15 de agosto de 2006.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín contextualizó los crímenes imputados al Bloque Pacífico - Héroes del Chocó y Frente Suroeste, al cual pertenecieron los postulados, verificó los requisitos de elegibilidad de los reinsertados y la legalidad de los cargos atribuidos a cada uno de ellos conforme los hechos imputados.

Rodrigo
10

1. Cargos formulados a los postulados.

1.1. Rodrigo Alberto Zapata Sierra.

a. Utilización ilegal de uniformes e insignias- artículo 346 de la Ley 599 de 2000-, con circunstancias de mayor punibilidad- artículo 58 numeral 10-. La Sala avaló el cargo y le adicionó la circunstancia de menor punibilidad- artículo 55 numerales 1, 6 y 7 *ejusdem*- dada la carencia de antecedentes penales.

b. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas- artículos 365 y 366 Código Penal- , con circunstancias de mayor punibilidad- artículo 58 numeral 10-. La Sala excluyó los cargos pues los mismos se subsumen en el tipo penal de concierto para delinquir agravado según lo dispuesto en el artículo 340 Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002.

c. Homicidio en persona protegida en calidad de coautor y bajo la modalidad dolosa, para la Sala Zapata Sierra actuó en calidad de autor mediato, pues las ejecuciones hacían parte de los planes criminales de la organización en la cual tenía responsabilidades de mando.

No se legalizaron los cargos, en los casos que hacen relación a Esller Murillo Barahona y José Gregorio Murillo Moreno, quienes hacían parte de las hostilidades y eran miembros activos del ELN, cuestión diferente sucedió con

José Gabriel Paternina Torres, miembro del ELN, pero para el momento de los hechos estaba retenido y privado de su libertad, por lo que se le reconoció la calidad de persona protegida.

Por otra parte, la Fiscalía formuló cargos por homicidio agravado en los casos de Eliécer Bermúdez Palacios y Rodrigo García Ospina, no obstante, la Sala manifestó que si bien los mencionados eran integrantes del Bloque Pacífico, para el momento de los hechos hacían parte de la población civil, lo mismo ocurre en el caso de Walter Salas Rentería, quien fuera ejecutado el 2 de febrero de 2002.

Así también se le formularon cargos por homicidio agravado en el caso de Juan Francisco Mosquera Mosquera, empero, la Sala lo modificó por el de homicidio en persona protegida, en atención que para el momento del crimen estaba retenido o privado de la libertad.

d. Frente a la tentativa de homicidio en persona protegida, cargo que fue formulado por la Fiscalía, no fue legalizado al no existir evidencia ni elemento probatorio que lo avalara.

e. Le formuló el cargo de secuestro, sin embargo, para la Sala se configuró el delito de detención ilegal y privación del debido proceso, de conformidad con el artículo 149 de la Ley 599 de 2000.

150

f. Tortura en persona protegida previsto en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000. La Sala mantuvo esa calificación jurídica.

g. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil en el hecho donde fue víctima Leonardo Scarpetta Moreno, avalada por la judicatura.

h. El cargo de hurto calificado, no fue legalizado por la Sala, atendiendo a que no fue relacionado por la Fiscalía en los patrones de criminalidad, como tampoco entregó las evidencias y elementos probatorios que dieran cuenta del hecho y de la responsabilidad del postulado.

Se señaló por parte de la Magistratura que en el caso de William Murillo Rivas se configuró el delito de destrucción y apropiación de bienes protegidos, por tanto, modificó el cargo. En cuanto a José del Tránsito Pino, mantuvo la calificación de hurto calificado agravado.

i. Desaparición forzada, avalada por la Sala, sin embargo, precisó que en algunos casos, la norma es la establecida en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, atendiendo a que la conducta empezó a ejecutarse en vigencia de la Ley 589 de 2000.

1.2. William Mosquera Mosquera.

a. La Fiscalía le formuló cargos por el delito de concierto para delinquir agravado. La Sala no lo legalizó atendiendo a que el postulado fue condenado por este delito

Rodrigo
13

por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó (Chocó) mediante sentencia de 13 de junio de 2014 y al no haberse especificado el tiempo que comprendía su conducta, debe entenderse que cobija todo el lapso en que hizo parte del grupo armado ilegal.

b. Utilización ilegal de uniformes e insignias- artículo 346 de la Ley 599 de 2000-, con circunstancias de mayor punibilidad- artículo 58 numeral 10-. Se avaló el cargo y le adicionó la circunstancia de menor punibilidad.

c. Homicidio en persona protegida en calidad de coautor en los casos de Kinston Nemesio Córdoba Raga, Hildebrando Mena Mena y Ulises Mena Robledo, cargos que fueron mantenidos por la Sala.

1.3. Games Lozano Badillo.

a. Concierto para delinquir agravado, avalado por la Sala, con exclusión de la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10 del Código Penal.

b. Utilización ilegal de uniformes e insignias- artículo 346 de la Ley 599 de 2000-, con circunstancias de mayor punibilidad- artículo 58 numeral 10-. Se avaló el cargo y se adicionó la circunstancia de menor punibilidad.

c. Homicidio en persona protegida, la Sala lo encontró ajustados a la ley con excepción de los casos de Esller Murillo Barahona y José Gregorio Murillo Moreno.

d. Hurto calificado agravado, la Magistratura mantuvo la calificación.

e. Desaparición forzada, fue avalado, sin embargo, se precisó que en algunos casos, la norma es la establecida en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, así como también le adicionó las circunstancias de menor punibilidad del artículo 55 numerales 1, 6 y 7.

f. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.

1.4. Carlos Mario Montoya Pamplona.

a. Concierto para delinquir agravado. Cargo no legalizado dado que el postulado fue condenado por este delito por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante sentencias de 6 de marzo y 30 de junio de 2008. Al no haber especificado el tiempo que comprendía su conducta, debe entenderse que cobija todo el lapso en que hizo parte del GAOM.

b. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. La Sala los excluyó debido a que se subsumen en el tipo penal de concierto para delinquir agravado según lo dispuesto en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002.

c. Utilización ilegal de uniformes e insignias- artículo 346 de la Ley 599 de 2000-, con circunstancias de mayor punibilidad- artículo 58 numeral 10-. La Sala lo avaló y le adicionó la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55 numerales 1,6 y 7 *ejusdem*.

d. Homicidio en persona protegida y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.

e. Desaparición forzada, avalada por la Sala, adicionando circunstancias de menor punibilidad.

1.5. Luis Ómar Marín Londoño.

a. Concierto para delinquir agravado. La Sala avaló el cargo por encontrarlo ajustado a la ley. No obstante, excluyó la circunstancia de mayor punibilidad formulada por la Fiscalía, atendiendo a que este punible es plurisubjetivo y atribuirle la agravante genérica de la coparticipación criminal sería vulnerar derechos fundamentales.

b. Utilización ilegal de uniformes e insignias con circunstancias de mayor punibilidad. Se avaló y se adicionó la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55 numerales 1,6 y 7 *ejusdem*.

c. Homicidio en persona protegida, en calidad de coautor.

Rodrigo
16

d. Desaparición forzada, avalada por la Sala, con las mismas consideraciones de la formulación de cargos por estos hechos al postulado Rodrigo Zapata Sierra.

2. Patrones de macro criminalidad.

2.1 Concepto.

Frente a este respecto, el *a quo* indicó que si bien no existe una definición del término -patrón de criminalidad-, este debe ser valorado a partir de un juicio comprensivo de los hechos, en el que se incluyen contexto, causas, motivos y objetivos reales del grupo armado organizado al margen de la ley, patrones de conducta y estructuras y redes de participación y apoyo, por ende sostuvo que el patrón debe contener:

a. Actos y conductas que lo constituyen.

b. Políticas y planes detrás de esas acciones, y a las cuales obedecían esos actos y los responsables de su formulación, dentro y fuera del grupo armado ilegal.

c. Los objetivos que se perseguían con dichas políticas y planes.

d. El carácter sistemático y generalizado o, al menos, masivo y/o repetido de esas acciones.

e. Los elementos y/o circunstancias constantes o similares de dichos crímenes y en particular, la época, el

Rodrigo
17

territorio y las formas de ejecución comunes y su relación con las políticas y objetivos del grupo armado.

f. La condición y calidad de las víctimas de los crímenes y las razones de su victimización, en especial los grupos vulnerables, las víctimas de la violencia basada en género y las que tienen la calidad de sujetos colectivos, como los sindicales, o sujetos constitucionalmente protegidos (comunidades negras, raizales, palenqueras e indígenas).

2.2 Metodología.

En cuanto a la metodología, señaló que los patrones deben construirse con base en una reflexión e investigación cualitativa, que dé cuenta de las políticas y las lógicas detrás de los crímenes y permita de esa forma develar su carácter sistemático o generalizado, los responsables de los mismos, causas y motivos de la creación y expansión de los grupos paramilitares, objetivos, redes de apoyo o financiación y sus relaciones con el Estado y la sociedad.

Asimismo, refirió que en su elaboración deben valerse del método inductivo, pues solo de esa manera es posible hallar las causas, relaciones y elementos comunes de los crímenes y a partir de estos obtener las reglas generales que los expliquen a todos o a un número significativo de ellos y den cuenta de la línea de conducta del grupo armado ilegal, sus políticas, objetivos, planes y estrategias.

Rodrigo

2.2.1 Metodología de la Fiscalía General de la Nación.

Disiente la primera instancia de los patrones presentados por la Fiscalía General de la Nación, pues aduce que se construyeron a partir de la «*Ruta Explicativa de Patrones*», la que inicia con la introducción, continúa con el análisis- de acuerdo al Memorando No 033 de 2013- y finaliza con la identificación de políticas.

De esta manera, indicó que la Fiscalía erróneamente estableció un marco teórico y definió las políticas, motivaciones y prácticas del grupo armado de manera anticipada, no a partir de los hechos, sino desde los estatutos de las Autodefensas Unidas de Colombia, en los que se definen como un movimiento antiterrorista y de resistencia civil, haciendo una deducción, al establecer unos principios generales, los aplicó a los hechos y luego los ubicó en dichos principios y extrajo conclusiones sobre ellos, *con la simpleza de un silogismo*.

En consecuencia, para la judicatura los patrones de criminalidad contruados por la Fiscalía, no satisfacen los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, pues los mismos no se cimentaron en una investigación cualitativa, tal como lo dispone el Memorando No 033 de 2013 y solo dan cuenta de los delitos cometidos, las circunstancias en que se ejecutaron y los métodos utilizados, lo que se reconduce al ejercicio del dominio y control social y territorial como única explicación, además que no le dio valor a los relatos de las víctimas más allá que

para elaborar las estadísticas de los punibles y su forma de ejecución.

Finalmente, señaló la Sala de primera instancia que estos patrones no dan cuenta del contexto en que se cometieron, como funcionaba la cadena de violaciones, los fines y estrategias, proceso de toma de decisiones, selección de las víctimas, planeación y preparación de los crímenes, estructuras militares y civiles que intervenían, responsabilidad de quienes las cometieron a los más altos niveles, efecto que produjeron en el escenario en el que se ejecutaron, todo lo cual es necesario para develar las políticas y planes reales del grupo armado, su línea de conducta y la sistematicidad de sus crímenes.

2.2.2 Metodología utilizada por la Sala de Justicia y Paz.

Señaló la diversidad étnica y cultural de la zona, en tanto hay presencia de pueblos indígenas y comunidades afro descendientes, quienes se encuentran en un estado visible de marginalidad y discriminación y por esta razón, debieron afrontar el impacto desproporcionado del conflicto armado. Por consiguiente, el *a quo* construyó los patrones de la siguiente manera:

2.2.2.1 Patrón de ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias por motivos de intolerancia o discriminación

Rodrigo
20

contra los grupos más vulnerables de la población del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó¹¹.

La Fiscalía General de la Nación construyó un patrón de homicidio que obedeció a la política de lucha antiterrorista y al control social, territorial y de recursos y desacato a las normas.

Contrario a lo expuesto, para la Sala el ente fiscal acudió a datos estadísticos o información cuantitativa que nada aportan a la construcción del patrón de criminalidad; definió equivocadamente algunas categorías del estudio y además, estableció las políticas del patrón a partir de la versión del postulado y no de las víctimas, quienes manifestaron que sus familiares no fueron asesinados por ser colaboradores o integrantes de un grupo insurgente, de este modo no solo afectó sus derechos sino que las estigmatizó.

De igual forma, señaló que hubo inconsistencias en la recopilación y manejo de la información por parte de la Fiscalía, en tanto que a pesar de que la matriz estaba incompleta, dedujo políticas, motivaciones y modus operandi. Además, no realizó análisis respecto a la afectación de las comunidades afrocolombianas e indígenas.

A juicio de la Magistratura, la Fiscalía debió tener en cuenta que el mencionado Bloque arribó al departamento del Chocó con el fin de proteger los intereses económicos de quienes lo financiaban –mineros y comerciantes- por tanto,

¹¹ Cfr folios 187 y ss.

la lucha antsubversiva no fue más que una justificación para ejecutar a la población civil, estigmatizada como miembros o auxiliares de los grupos insurgentes y población vulnerable, inspirado en la intolerancia y discriminación.

Así las cosas, para mantener su dominio y control se impuso a los habitantes de las regiones reglas arbitrarias so pena de ejecutar a quienes desobedecieran, sometían a las víctimas y marcaban el territorio con letreros alusivos al grupo armado, ello con la aquiescencia de las autoridades públicas.

2.2.2.2 Patrón de ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias por motivos de intolerancia o discriminación contra los grupos más vulnerables de la población del Frente Suroeste¹².

Para la elaboración del patrón de homicidio de dicho Frente, la Fiscalía acudió al método deductivo de conformidad con los numerales 6 y 7 del artículo 17 del Decreto 3011 de 2012 y a la Directiva 01 de 2012.

Asimismo, el informe No 5-209127 de 22 de junio de 2014, indicó que las políticas del Frente Suroeste fueron la lucha antsubversiva y el control social, territorial y de recursos que desencadenó la comisión de una cantidad considerable de homicidios selectivos, cometidos de manera individual o colectiva.

¹² Cfr folios 315 y ss.

Tales afirmaciones no hallaron asidero, según la Sala de Justicia y Paz, pues no se demostró que el Frente Suroeste tuviera una lucha contrainsurgente, más aún cuando no había presencia de grupos armados en su zona de injerencia. Es decir, la Fiscalía no dio cuenta del significado, dimensión y alcance de las verdaderas causas y motivos de los hechos que revelan el patrón de conducta del grupo armado organizado, atendiendo a que las ejecuciones extrajudiciales realmente se inspiraron en motivos de intolerancia y/o discriminación contra los grupos más vulnerables de la sociedad, pues se eliminaba físicamente a quien no se avenía a su modelo de orden social.

2.2.2.3. Patrón de desaparición forzada de personas para encubrir las ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias, como una forma de colaborar con las autoridades públicas y sembrar el terror¹³.

La Fiscalía señaló que el patrón de desaparición forzada del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó, obedeció a dos políticas: la lucha antisubversiva, asociando el control social con la denominada limpieza social y por control territorial la desaparición de sospechosos de informar a las autoridades de sus comportamientos delictivos, versiones otorgadas por los postulados que no coinciden con lo señalado por las víctimas indirectas.

Para la primera instancia la desaparición forzada fue una práctica sistemática y generalizada contra la población civil, cuya lógica inicial fue la eliminación de las bases

¹³ Cfr folios 363 y ss.

sociales de los grupos armados insurgentes, para luego inspirarse en motivos de intolerancia y discriminación, contra quienes a juicio del grupo violaban el nuevo orden social, así como también contra personas ajenas al conflicto armado, ello con la anuencia de las autoridades de la región, quienes intervinieron para sembrar el terror y asegurar el dominio y control del grupo armado sobre las comunidades negras.

En relación con la desaparición forzada del Frente Suroeste, indicó que esta fue una práctica utilizada por solicitud de las autoridades para reducir y encubrir los índices de homicidios perpetrados, siendo incluso la condición de sindicalista un motivo para acallar a la clase obrera, así como también para asegurar la impunidad del hurto de automotores, los cuales eran modificados y puestos al servicio de la organización.

2.2.2.4 Patrón de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó¹⁴.

La tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes fue una práctica sistemática y generalizada, utilizada por el Bloque como un método para conseguir información de los grupos insurgentes o para castigar a las personas señaladas de cometer delitos comunes.

¹⁴ Cf folios 446 y ss.

2.2.2.5 Patrón de violencia sexual étnica y de género, contra las mujeres negras, practicado por el Bloque Pacífico- Héroes del Chocó¹⁵.

Para el *a quo* al tener el Bloque Pacífico como zona de injerencia y operaciones el municipio de Quibdó y el sur del Departamento de Chocó, la violencia sexual atribuible a ese grupo armado tuvo lugar en una región donde predomina la población negra e indígena, por tanto, debe mirarse bajo esa perspectiva y no puede analizarse sin tal circunstancia, sus antecedentes e implicaciones.

Reiteró que la violencia sexual estuvo asociada con las características étnicas de la población y al genotipo de sus mujeres, sin embargo la Fiscalía en la elaboración del patrón acudió al modelo de violencia sexual en el conflicto armado registrada a nivel nacional, por tanto los 4 casos confesados e imputados al postulado Rodrigo Zapata Sierra no son suficientes para deducir un patrón de criminalidad del Grupo Armado, aún más cuando tres de ellos no identificaron a sus violadores y tampoco le atribuyen el hecho a algún miembro del Bloque o a los grupos paramilitares y del último casi no se cuenta con versión o declaración sobre el hecho.

Examinados los oficios e informes, la Sala encontró un total de 26 casos de violencia sexual atribuibles al Bloque Pacífico, aun sin confesar e imputar, a los cuales deben agregársele los 4 casos confesados e imputados al postulado Zapata Sierra, para un total de 30 casos de

¹⁵ Cf folios 464 y ss.

Rodrigo
25

violencia sexual basada en género atribuibles a dicho bloque.

Pese a lo anterior, la Sala constató que el Bloque Pacífico, desarrolló y practicó un patrón de violencia sexual contra las mujeres negras, no solo por su género, sino particularmente por su etnia y raza como método de dominación y manifestación de poder y sometimiento de los miembros del grupo, siendo observadas, identificadas y seleccionadas por sus características sexuales y físicas “las de su raza”.

2.2.2.6 La imputación de la violencia sexual al postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra¹⁶.

La Fiscalía le atribuyó a RODRIGO ZAPATA SIERRA el delito de acceso carnal violento en persona protegida, por las violaciones de C.A.G.A. (hecho No 212), M.L.P.R. (hecho No 145), E.G.P.P (hecho No 143) y L.P.P (hecho No 144).

En cuanto a la responsabilidad atribuida al postulado, la primera instancia señaló que en este asunto, no puede imputársele responsabilidad a título de coautor impropio, ni ninguna otra forma de coautoría, atendiendo a que no realizó un aporte voluntario en conjunto con otros, para que se cometieran las violaciones, no supo siquiera de su ocurrencia, ni contribuyó a su realización intencionalmente.

¹⁶ Cfr folios 527 y ss.

Asimismo, no puede atribuírsele una responsabilidad por línea de mando, por cuanto esta sería de naturaleza objetiva, la que se encuentra proscrita por la Ley penal.

En relación con la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, señaló que la violación no hacía parte de la política y el plan criminal de la organización, ni de las directrices e instrucciones de su cúpula, como tampoco de la voluntad de quienes estaban en los altos niveles del mando del grupo paramilitar. Por el contrario, a nivel de los estatutos de la organización armada tal conducta era reprochada, lo que fue reconocido tanto por la Fiscalía como por los postulados, es decir, no hay prueba que desde los altos niveles del grupo armado se propiciara, estimulara o facilitara la violencia sexual como parte de las políticas o planes criminales.

Por lo anterior, la Sala de Justicia y Paz no le atribuye el hecho al postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA ni por autoría mediata, así éste compartiera el dominio sobre la organización, ni por línea de mando.

Subrayó además que no se está ante un delito de omisión propia o impropia, dado que el postulado ZAPATA SIERRA no tenía la condición de comandante o jefe militar, su función era esencialmente financiera. Así, si bien incurrió en una conducta ilícita al concertarse con otros para cometer delitos contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, no generó una situación de riesgo próximo para las personas civiles que no

eran parte del conflicto, como las mujeres que fueron violadas, asumiendo una posición de garante.

Manifestó la Sala que, al no presentar evidencia la Fiscalía de que el postulado conocería el fenómeno de violencia sexual dentro de las filas del grupo armado ilegal o tuviera información clara de que se estaban cometiendo, ZAPATA SIERRA ni es responsable de los delitos de acceso carnal en persona protegida, ni a título de omisión dolosa dada su posición de garante, ni como superior civil, político o militar del grupo ilegal, en el entendido que no hacía parte de la cadena de mando, ni tenía autoridad sobre el grupo armado.

Así mismo, indicó que ZAPATA SIERRA debe responder por los otros delitos imputados en concurso con violencia sexual, pero como autor mediato a través del aparato organizado de poder, porque estos sí eran parte de las políticas y planes de la organización.

Finalmente, manifestó que a pesar de no avalar ni legalizar los cargos, se repara a las víctimas de violencia sexual dado que se encuentra establecido que las violaciones fueron cometidas por miembros del Bloque Pacífico-Heróes del Chocó, los postulados pertenecieron a dicho Bloque, independientemente de la calidad que ostentaban y de su responsabilidad, por último, así RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA no sea hallado responsable, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 4135 de 2011 que regula la reparación de las víctimas pertenecientes a las comunidades negras, estas tienen

derecho a la reparación “*con independencia de la individualización, juzgamiento y sanción del perpetrador o los responsables del daño*”, así como también lo dispone el artículo 3, inciso 4 de la Ley 1448 de 2011.

2.2.2.6 Patrón de reclutamiento e incorporación de los menores pobres de las comunidades negras al conflicto armado practicado por el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó¹⁷.

La Fiscalía concluyó que el patrón de criminalidad de reclutamiento ilícito, obedeció a unas políticas y directrices emanadas del Estado mayor, siendo la causa aumentar el pie de fuerza como una estrategia militar, sin embargo, para la primera instancia de los elementos probatorios puede concluirse que el Bloque Pacífico aprovechó las situaciones vulnerables en que vivían los menores de edad en esa zona del país para convencerlos de hacer parte de sus filas.

2.2.2.7 Patrón de desplazamiento forzado de las comunidades negras e indígenas como estrategia de apropiación y control de sus territorios y sus recursos¹⁸.

Luego de reseñar las falencias de la Fiscalía en el método utilizado para la elaboración del patrón, refirió que la información allegada permitió concluir que las víctimas del desplazamiento forzado son en su mayoría comunidades negras e indígenas con titulación colectiva de tierras o en proceso de titularlas o asentadas en zonas mineras,

¹⁷ Cf folios 540 y ss.

¹⁸ Cf folios 559 y ss.

organizadas en Consejos Comunitarios y Cabildos, respectivamente.

Tal desplazamiento forzado estuvo precedido de amenazas, desaparición forzada u homicidios selectivos de líderes o personas representativas de la comunidad en varios de los casos, lo que significa que no fue ocasionado únicamente en virtud de una política contrainsurgente, alcance asignado por la Fiscalía, sino de la dominación y control del territorio con el fin de proteger los intereses de sectores económicos de la región, en especial mineros, comerciantes y narcotraficantes, y garantizar así recursos para la organización ilegal.

Resaltó la Corporación que tratándose de comunidades étnicas cuya relación con el territorio es de vital importancia, la desaparición o los homicidios de personas representativas de la comunidad, generó el desplazamiento de comunidades enteras, lo que conllevó al desarraigo y menoscabo de su identidad como pueblos, generando una ruptura de los procesos organizativos y culturales.

3. Medidas de Reparación Integral¹⁹.

Tras abordar conceptos sobre el incidente de reparación integral y las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y reparación, la Sala de Justicia y Paz realizó la respectiva liquidación de perjuicios de los hechos perpetrados por el grupo armado.

¹⁹ Cfr. Folios 646 y ss.

Sin embargo, debe resaltarse que dada la multiplicidad de víctimas indirectas (folios 646-1665), impone que en este acápite sólo se reproduzca la parte resolutive del fallo.

Es preciso indicar que en las consideraciones se mencionarán los temas materia de impugnación y se justificarán las decisiones pertinentes.

Así las cosas, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín resolvió declarar establecidos los patrones de criminalidad ya referidos y además:

- Aprobó los cargos formulados a los postulados RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, Games Lozano Badillo, Luis Ómar Marín Londoño, Carlos Mario Montoya Pamplona y William Mosquera Mosquera.

- Se abstuvo de legalizar los cargos formulados al postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA por los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y el de uso privativo de las fuerzas armadas, acceso carnal violento en persona protegida, por el homicidio de Esller Murillo y José Gregorio Murillo Moreno, por el hurto calificado, el homicidio tentado de Javier Díaz Hernández y por el desplazamiento de Marta Sofía Córdoba Mosquera.

- Se abstuvo de legalizar los cargos atribuidos por concierto para delinquir a los postulados William Mosquera Mosquera, Carlos Mario Montoya Pamplona y Luis Ómar Marín Londoño.



- Condenó al postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA a la pena de 40 años de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, como autor de los delitos en mención y acumuló las penas impuestas en justicia ordinaria por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín Adjunto y el Juzgado Penal del Circuito de Caldas.

- Condenó al postulado William Mosquera Mosquera a la pena de 40 años de prisión, multa de 20.025 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, como coautor de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y homicidio en persona protegida y acumuló las penas impuestas en justicia ordinaria por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó.

- Condenó al postulado Games Lozano Badillo a la pena de 40 años de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, como coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, homicidio en persona protegida, desaparición forzada y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil y acumuló las penas impuestas en justicia ordinaria por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó.

Rodrigo
32

- Condenó al postulado Carlos Mario Montoya Pamplona a la pena de 40 años de prisión, multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, como coautor de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias, homicidio en persona protegida, desaparición forzada y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil y acumuló las penas impuestas en justicia ordinaria por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Antioquia (sentencia 6 de marzo de 2008), Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia (sentencias 23 de julio de 2008 y 30 de junio de 2009), Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia (sentencia 23 de septiembre y 21 de diciembre de 2010) y Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia Adjunto (sentencias 10 de junio de 2011 y 17 de abril de 2012).

- Condenó al postulado Luis Ómar Marín Londoño a la pena de 40 años de prisión, multa de 13.487,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, como coautor de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias, homicidio en persona protegida y desaparición forzada y acumuló las penas impuestas en justicia ordinaria por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia Adjunto (sentencia 16 de diciembre de 2011 y 11 de octubre de 2012) y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chocó (sentencia 19 de julio de 2013).

- Se sustituyó la pena ordinaria impuesta por la pena alternativa de 8 años de prisión a los postulados RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, Gámez Lozano Badillo, Luis Omar Marín Londoño y Carlos Mario Montoya Mosquera y de 7 años a William Mosquera Mosquera, advirtiéndoles que en caso de incumplimiento de los compromisos y obligaciones se les revocará el beneficio de la pena alternativa, debiendo entonces cumplir con la sanción ordinaria.

De igual forma, condenó a los postulados y a los demás miembros del Bloque, solidariamente y/o a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y/o al Fondo de Reparación para las Víctimas de la Violencia, a pagar los valores tasados por concepto de indemnización a las víctimas que fueron reconocidas en la sentencia.

Al tiempo, impuso obligaciones específicas a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a las alcaldías de Titiribí y Amagá (Antioquia), Quibdó y Condoto (Chocó), Gobernaciones de estos departamentos y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Asimismo, dispuso medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y no repetición como también medidas especiales dirigidas a las comunidades negras e indígenas y compulsó copias de algunas piezas procesales para que se indague lo pertinente.

Rodrigo
34

195

Finalmente, frente a los bienes entregados para efectos de la reparación a las víctimas, ordenó:

- A la Dirección Nacional de Fiscalías Especializadas de Justicia Transicional, Grupo de Persecución de Bienes, perfeccionar el secuestro del inmueble No 86 del Conjunto Residencial Rincón de las Garzas, Etapa I, calle 1 No 21^a-03 de Jamundí (valle) con matrícula No 370-578696.

- A la Fiscalía 20 Delegada de la Dirección Nacional Especializada en Justicia Transicional y al Fondo para la Reparación de las Víctimas, que en coordinación con el postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra, verifiquen la identificación y extensión de los predios la Marta 1 y 2, sus linderos y sus escrituras y establezcan su valor comercial actual, que es el que deberá tener en cuenta el Fondo para efectos de la reparación.

- A la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Bogotá, Zona Norte, cancelar las anotaciones inscritas en el registro del apartamento 1201 y los garajes 98, 99,100 y 101 del Edificio Mirador del Country No 2 ubicados en la Avenida 15 No 127B-78 de la ciudad de Bogotá con matrículas inmobiliarias 50N-20109608, 50N-20109501, 50N-2010952 y 50N-20109504 y que fue registrada el 27 de julio de 2016, con fundamento en el oficio No 2692 de 27 de junio de 2016.

- Extinción de derecho de dominio sobre los bienes entregados por el postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra y

Rodrigo

Francisco Javier Zuluaga Lindo y se denegó la extinción de dominio solicitada por la Fiscalía sobre la Finca Palo Seco.

Un magistrado de la sala de Decisión salvó y aclaró el voto.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

1. Fiscalía General de la Nación.

La inconformidad está dirigida a los numerales 1°, 2° y 6° de la parte resolutive del mencionado proveído, así²⁰:

1.1 No reconocimiento de los patrones de macro criminalidad elaborados por la Fiscalía General de la Nación.

Los numerales 1° y 2° de la parte resolutive de la sentencia proferida por la Magistratura, declaran establecidos patrones de criminalidad diferentes a los propuestos por la Fiscalía, además de indicar como errada la metodología seguida para la construcción de los mismos.

Resaltó que la Fiscalía General de la Nación es la autoridad competente para diseñar las vías procesales a través de las que se han de alcanzar los fines del régimen transicional, lo que se fundamenta en la nueva estrategia de investigación de patrones de macro criminalidad y criterios de priorización que garantizan plenamente el derecho a la

²⁰ Cfr folios 414-497, ceno No 5. Primera instancia.

verdad que le asiste a las víctimas, en cumplimiento de los estándares internacionales exigidos para tal fin.

Señaló que su metodología no es arbitraria y advirtió la contrariedad de la Sala de Justicia y Paz al criticar la técnica empleada y cambiar el *nomen juris* de patrones, políticas, prácticas y modus operandi utilizando las mismas fuentes de información otorgadas por el ente investigador, sin embargo, en el desarrollo de la diligencia su exposición no fue objeto de controversia alguna.

Adicionalmente, indicó que al existir diversas técnicas o metodologías para identificar los patrones de macro criminalidad, no puede el *a quo* calificar la eficacia de una u otra, pues ello va en contravía de los criterios adoptados en la Directiva No 001 del Fiscal General de la Nación, a través de los cuales se estableció la elaboración de los patrones, soportada en parámetros de la Corte Suprema de Justicia en los que se indica la exclusiva y excluyente titularidad de la acción penal, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Replicó además que la primera instancia confunde el concepto de contexto, bajo el fundamento de la carencia de enfoques multidisciplinarios por parte de la Fiscalía en la identificación de los patrones, empero, es en la Directiva No 001 de 2012, en la que se define el contexto como "*marco de referencia de aspectos esenciales acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos*

criminales...”, asunto que fue advertido en audiencia concentrada ante la Sala de Justicia y Paz.

Soslayó que, en desarrollo de la metodología adoptada para el develamiento de los patrones de macro criminalidad, presentó e incorporó debidamente en las diferentes sesiones de la audiencia, informes de policía judicial realizados por analistas de la Dirección de Fiscalía Especializada de Justicia Transicional, cuyo objetivo principal era la construcción del patrón por medio del análisis cualitativo y cuantitativo de la información proporcionada por el despacho que documenta dicha estructura ilegal armada.

En consecuencia, cada informe de policía judicial reseñaba temáticas tales como: introducción, patrón de macro criminalidad (marco normativo, jurídico nacional e internacional), contexto de violencia en la zona de injerencia de las autodefensas (génesis, estructuras, geo referenciación, integrantes, directrices o políticas y fuentes de financiación), hechos priorizados (marco conceptual en el que se expuso de manera cierta el concepto de patrón, práctica y modus operandi), análisis de variables examinadas con base en la recolección de la información a través de matrices elaboradas para tal fin, en la que se desglosa las diferentes políticas, prácticas y modus operandi dentro de ese patrón macro criminal, datos estadísticos recolectados y por último, la corroboración de datos ciertos desarrollados metodológicamente.

Por otro lado, resaltó que en el proceso adelantado se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 del

Decreto 3011 de 2013, en el que se determinan los elementos para la identificación del patrón de macro criminalidad, por lo que concluyó:

a. Los hechos registrados en el sistema de información de Justicia y Paz, no constituyen la universalidad (población) de casos atribuibles a las estructuras Frente Suroeste y Bloque Pacífico- Héroes del Chocó, dado que existen casos inscritos que indican ser ejecutados por una estructura delictiva y resultan siendo de otra, tal es el caso cuando comparten zona territorial y temporalidad paramilitarismo y subversión.

b. Los hechos atribuibles a las mencionadas estructuras están subdivididos por patrones de macro criminalidad (homicidio, desplazamiento forzado, violencia basada en género, tortura, reclutamiento ilícito, entre otros) y según su estado (confesado o no confessado).

c. Si el hecho no ha sido confessado, no es posible tomar como universo la totalidad de los registros que hacen parte de cada patrón, dado que no se garantizaría la confiabilidad.

d. Para la elaboración de los patrones de macro criminalidad se utilizó la totalidad de los hechos confessados, de esta manera se tiene certeza que los mismos fueron cometidos por tales estructuras.

Con respecto a las fuentes utilizadas para la elaboración de los patrones de homicidio y desaparición

Rodrigo
39

forzada, señaló que es lógico acudir preferentemente a los perpetradores directos y en el caso de desplazamiento forzado, tortura, reclutamiento ilícito y violencia sexual se atiende a las manifestaciones de las víctimas directas y familiares.

1.2 Inconformidad por la no legalización de cargos respecto al delito de acceso carnal violento en persona protegida.

Destacó la presunta contrariedad de la Sala de Justicia y Paz, pues si bien en su providencia enfatizó el respeto y defensa de las víctimas, en especial de la mujer afro descendiente, decidió abstenerse de endilgar responsabilidad penal por el delito de acceso carnal violento al postulado Zapata Sierra.

Para el recurrente tal decisión no es acertada, en tanto que el postulado en su posición de comandante financiero admitió de manera libre, voluntaria y espontánea haber sido responsable de toda actividad criminal desarrollada por los miembros del grupo armado, por lo que en su calidad de máximo responsable le era exigible el conocimiento de los ilícitos cometidos por sus subordinados.

Finalmente, solicitó se revoquen los numerales 1º, 2º y 6º de la sentencia, se admitan los patrones de macro criminalidad presentados por la Fiscalía General de la Nación y se legalicen los cargos relacionados con la violencia sexual, ello en respaldo real y efectivo al derecho que le asiste a las víctimas de ser protegidas judicialmente,

Rafael 40

a quienes una reparación patrimonial como la otorgada no dignifica sus derechos.

2. Representantes de Víctimas.

Las impugnaciones de los representantes de víctimas serán desarrolladas en la parte considerativa (2.3.3. *Tasación de perjuicios*), a excepción de quienes solicitaron la legalización de cargos por los delitos basados en violencia de género, quienes lo refieren de la siguiente manera:

2.1 Apoderada de víctimas No. 2²¹.

Señaló la recurrente que el incidente de reparación integral se realiza previa declaratoria de legalidad de la aceptación de los cargos, pues de otra manera no es posible una liquidación de perjuicios. En el asunto, no se legalizó el punible de acceso carnal violento, pese a que fue aceptado por el postulado Zapata Sierra como comandante por línea de mando, lo que a su juicio es atentatorio de los derechos de la mujer víctima.

2.2 Apoderada de víctimas No. 3²².

Se alejó de los argumentos expuestos en el fallo de primera instancia, en relación a la imposibilidad de avalar e imputar responsabilidad como autor a Rodrigo Alberto Zapata Sierra por el delito de acceso carnal violento, sin embargo, decidió reparar a las víctimas atendiendo a que: i)

²¹ Dra. Sor María Montoya Arroyave - Cfr folios 391-402.

²² Dra. Luz Yedny Muñoz Murillo -Cfr. folios 398-402, ibíd.

Rodrigo

las violaciones fueron cometidas por miembros del Bloque del Pacífico- Héros del Chocó y *ii)* los postulados que pertenecieron a ese bloque independiente de la calidad que tengan y su responsabilidad penal, están obligados a reparar los daños ocasionados, consideraciones que a juicio de la apelante convergen en una falta de congruencia entre la parte motiva de la sentencia y lo resuelto en la misma, pues no es posible resarcir sin responsabilizar.

Luego de mencionar algunos apartes de lo expuesto en el salvamento de voto, solicitó la legalización de estos cargos contra Zapata Sierra a título de autor mediato a través del aparato organizado de poder, pues de lo contrario «*sería perpetuar la violencia sexual como un arma de guerra o de vulgar y criminal conducta*»²³.

NO RECURRENTE

La Representante del Ministerio Público, descurre el traslado previsto para los sujetos no recurrentes, refiriéndose exclusivamente al recurso de alzada sustentado por la Fiscalía General de la Nación.

En relación al cambio del *nomen juris* de los patrones de macro criminalidad y el cuestionamiento del método utilizado, sostuvo que no afecta los intereses del ente fiscal, pues finalmente se legalizan los patrones y se condena en virtud de ellos, señalando además que la estructuración de los patrones es de resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación.

²³ Cfr folio 402, *ibíd.*

Rafael

Argumentó además que no existe mandato legal que de manera expresa circunscriba la elaboración de los patrones de macro criminalidad a una sola metodología y en este caso, a través del método deductivo el ente acusador logró arrimar todos los elementos necesarios y suficientes para que el resultado fuera una sentencia condenatoria.

Para el Ministerio Público no resulta claro el fundamento de la modificación hecha por la judicatura, *verbi gratia* el patrón de macro criminalidad alusivo al homicidio en persona protegida, sustituido por decisión de la Magistratura en *“ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias por motivos de intolerancia y discriminación contra los grupos vulnerables de la población”*, ello atendiendo a que la Sala argumentó que las muertes extrajudiciales se dirigieron principalmente a personas que tenían alguna condición especial, expendedoras de estupefacientes, prostitutas. Sin embargo, señaló la Delegada que no se relaciona con un trato discriminatorio, conclusión que arriba de las versiones, entrevistas, informes y demás, pues ciertamente ello tuvo como fundamento el ánimo de erradicar las personas que tuvieran algún vínculo con la subversión.

De igual forma ocurre con el patrón que corresponde al desplazamiento forzado, denominado *“...de las comunidades negras e indígenas como estrategia de apropiación y control sobre sus territorios y recursos”*, pues de los elementos allegados por el ente acusador no se puede concluir de manera radical que tales desplazamientos hayan sido con esa única y exclusiva intención.

De otra parte, en relación a la negativa por parte de la Sala de Justicia y Paz en legalizar los casos referidos a la violencia sexual, mencionó que no deben mirarse aisladamente, ya que se desarrollaron dentro del contexto del conflicto, como consecuencia de la injerencia del grupo armado ilegal y es el postulado Rodrigo Alberto Zapata el llamado a responder por tales delitos al ostentar su calidad de superior.

Aseveró que en su calidad de financiero podía inferir en las determinaciones del grupo ilegal y de la mano de la imputación objetiva al ser partícipe del ingreso arbitrario del grupo en esa zona, con el fin de destruir a sus opositores, construyó un riesgo jurídicamente desaprobado el cual lo hace responsable.

Respecto a la figura de “garante” aludida por la judicatura, refirió que tal posición es entendida de quien dirige una fuerza regular y legítima, no como en el caso en estudio donde el postulado lideraba una organización armada ilegal.

En suma, consideró desacertada la decisión de la Sala de Justicia y Paz en reparar a las víctimas sin declarar responsable al procesado, teniendo como fundamento que al admitir esa reparación se configuraría una responsabilidad objetiva.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De acuerdo con lo regulado en el párrafo 1° del artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el 27 de la Ley 1592 de 2012, en concordancia con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004; la Corte Suprema de Justicia es competente para desatar el recurso de apelación promovido en contra de la sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso transicional adelantado contra Rodrigo Alberto Zapata Sierra, alias *Ricardo*, William Mosquera Mosquera, alias *Terrible*, Games Lozano Badillo, alias *Pacífico*, Carlos Mario Montoya Pamplona, alias *Arbolito* y Luis Omar Marín Londoño, alias *Cepillo*, integrantes del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó y Frente Suroeste.

Cabe resaltar que la competencia en segunda instancia es funcional, es decir, se limita al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por los apelantes y a aquellos que estén ligados de manera inescindible.

2. Problemas jurídicos.

La sustentación de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las víctimas y el delegado de la Fiscalía General de la Nación, giran alrededor de 3 ejes temáticos: (i) caracterización de los patrones de macro criminalidad, (ii) violencia basada en género y (iii) el

daño a la víctima y resarcimiento del perjuicio. Por lo tanto, en ese mismo orden, se abordarán los puntos de disenso.

2.1 Patrones de macro criminalidad.

A partir de la implementación de la justicia transicional en nuestro país como un mecanismo tendiente encontrar el fin al conflicto armado, la búsqueda de la paz, la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, así como la reincorporación de los actores armados a la sociedad, conceptos como macro criminalidad, priorización, patrones, entre otros, se han desarrollado paulatinamente en consideración a la necesidad fundamental- atendiendo los fines de este tipo de procesos- en develar las estructuras, el modus operandi y las relaciones de la organización del grupo armado ilegal, lo que propendería a un adecuado esclarecimiento de la verdad y a determinar el grado responsabilidad en los diferentes delitos perpetrados.

Ahora bien, el proceso de Justicia y Paz se encuentra regulado por la Ley 975 del 2005, modificada por la Ley 1592 de 2002, normatividad que provee a la Fiscalía General de la Nación de recursos judiciales, esto es la incorporación de criterios de priorización y selección, ello con el objetivo de darle operatividad al proceso de investigación, atendiendo tanto la complejidad de la información como la cantidad de punibles imputados y víctimas de los mismos.

En este escenario, la Fiscalía en desarrollo del artículo 16 A de la Ley 1592 de 2012, se vio obligada a establecer un

Rodrigo
46

modelo investigativo fundamentado en el proceso de priorización de los casos, para establecer patrones de macro criminalidad, relacionando contextos, causas y motivos y concentrando sus esfuerzos de investigación en los máximos responsables.

Bajo ese derrotero, a través de la Directiva No.001 de 2012 se adoptaron criterios de priorización tanto subjetivos-particularidades de la víctima y caracterización del victimario, como objetivos- gravedad del delito y su representatividad- y complementarios- factibilidad, viabilidad, regionalización, entre otros-.

Lo anterior, enfocado a establecer patrones acordes al accionar criminal de los grupos armados, estableciéndose de esta manera un compromiso de la Fiscalía en la construcción de tales líneas que agrupan el accionar criminal y permiten descubrir las políticas, motivaciones, propósitos, ideología del grupo armado organizado al margen de la Ley, lo que imprime al proceso de justicia y paz, no solo la celeridad de la actuación penal, sino también, respeto debido a las víctimas indirectas que participan con la expectativa del resarcimiento de sus perjuicios y la dignificación de sus muertos a través de la verdad, por lo que el patrón de macro criminalidad se considera un factor determinante al momento de impartir justicia.

Así, el Decreto 3011 de 2013 en su artículo 16 define el patrón de macro criminalidad como *“el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación*

Rodrigo
47

criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos”.

De igual forma, se señala que su identificación permite concentrar esfuerzos de investigación en los máximos responsables, contribuir a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado y las relaciones que hicieron posible su operación.

Y es que precisamente, en materia de derecho penal internacional, se ha hecho alusión a este método aplicado en distintas investigaciones sobre delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, en los que se entiende el patrón de criminalidad como la sumatoria de prácticas sistemáticas y de gran relevancia para la obtención de argumentos serios y decisivos que conduzcan a la identificación y juzgamiento de los presuntos responsables.

En relación con el tema bajo estudio, esta Sala ha señalado las características que lo contienen, indicando que:

(i) El patrón de macro criminalidad es un método investigativo;

(ii) Se empieza a construir desde las versiones libres;

Rodrigo
48

(iii) Su elaboración para ser presentado ante la judicatura, es función exclusiva de la Fiscalía;

(iv) Una vez expuesto, puede ser objeto de discusión en las audiencias atendiendo los aportes de las partes e intervinientes;

(iv) Su reconocimiento es una atribución legal del fallador que lo incorpora en la sentencia²⁴.

Por lo que viene de verse, el patrón de macro criminalidad es del resorte de la Fiscalía General de la Nación, a quien por principio constitucional está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, bajo las directrices impuestas mediante la Ley 1592 de 2012 y su Decreto Reglamentario 3011 de 2013, que responden a una estrategia de investigación fundamentada en la priorización de casos, el contexto en el que se desarrollaron, el conjunto de actividades criminales, las prácticas y modos de operar del grupo armado ilegal.

En principio, así fue desarrollado en la actuación que se sigue por el Fiscal Veinte Delegado adscrito a la Dirección Nacional de Justicia Transicional, quien en audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos celebrada los días 22 y 23 de enero, 5 de marzo, 30 de abril, 9-12 de junio, 18 y 19 de junio, 17,18 y 22 y 23 de septiembre, 3-5 y 11 y 12 de noviembre de 2015 y 21, 22 y

²⁴ CSJ SP374-2018 y SP19797-2017.

Rojas

29 de enero, 17 y 18 de marzo, 2 -16 y 10 y 11 de mayo de 2016, expuso a la Magistratura los distintos patrones de macro criminalidad, tanto del Frente Suroeste como del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.

Tales patrones fueron edificados con base en la Directiva 001 de 2012, el Memorando 033 de agosto 21 de 2013, la Resolución 044 de la Dirección Nacional de Justicia Transicional, la ruta de patrones y la Matriz de cada punible, para finalmente indicar que estos hacían relación a: homicidio y desaparición forzada para el Frente Suroeste y Homicidio, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, desaparición forzada, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y violencia basada en género para el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.

A tal conclusión llegó el ente acusador luego de verificar el contexto en que se desarrollaron, la geo referenciación y temporalidad del grupo armado, las motivaciones, tales como: política antisubversiva y control social, territorial y económico, las prácticas y el modus operandi, así como también la exposición de casos representativos de víctimas para cada uno de los punibles, lo que reveló elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado, aclarando subsiguientemente que cada análisis de los patrones presentados se cimentó en una muestra cualitativa de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 3011 de 2013.

Rodrigo
50

Respecto a la metodología utilizada, fue conciso el delegado de la Fiscalía en indicar que dio aplicación al método deductivo, *«comienza con un sistema teórico, desarrolla definiciones operacionales de las proposiciones y conceptos de la teoría y las aplica empíricamente en el conjunto de datos, a través de los datos ratifica esta teoría»*²⁵, ello fundamentado en los criterios fijados por la Jefatura de la Unidad de Justicia y Paz a través de Memorando 033 de agosto 21 de 2013 que desarrolla y complementa la Directiva 001 de octubre 4 de 2012.

Es de anotar que la identificación de patrones de macro criminalidad expuesto por el ente investigador en la audiencia concentrada, fue objeto de control del legalidad por la Sala de conocimiento de Justicia y Paz, en la medida que pretendió esclarecer cada uno de los patrones, cuestionó a la Fiscalía acerca de: relato de las víctimas, números de punibles perpetrados en determinada zona, la temporalidad, las prácticas y las motivaciones que tuvo el grupo armado en la perpetración de los diferentes delitos²⁶.

Aun así, la Sala de Justicia y Paz en la sentencia de primera instancia optó por debatir el proceso de identificación de los patrones criminales expuestos por la Fiscalía, criticó su metodología, pues a su juicio para la construcción de los mismos el ente investigador se valió de la ruta explicativa de patrones, lo que conllevó a que estableciera un marco teórico erróneo y definiera las

²⁵ Audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos llevada a cabo el 5 de marzo de 2015, registro de audio: 15:07.

²⁶ *Ibidem*, participación de la Magistratura en la citada diligencia en fechas 5 de marzo de 2015 (registro de audio 1:58 3ª sesión y 3:28 4ª sesión); 3 de noviembre de 2015 (audios 16:22 3ª sesión, 35:00 5ª sesión); y 5 de noviembre de 2015 (audio 55:40).

142

políticas, motivaciones y prácticas del grupo armado no a partir de los hechos sino desde los estatutos de la organización, dejando a un lado el relato de las víctimas, lo que sería vulneratorio de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Contrario a lo expuesto por la Fiscalía, la judicatura consideró el método inductivo como idóneo para la edificación de los patrones, ello a fin de establecer las causas, relaciones y elementos comunes de los crímenes que dan cuenta de la línea del grupo armado ilegal, sus políticas, objetivos, planes y estrategias, así como también subrayó la importancia de emplear el enfoque diferencial que dispone la norma, por cuanto en este caso la zona de afectación estuvo determinada por comunidades afro descendientes y pueblos indígenas.

En consecuencia, a partir de estos razonamientos, el a quo edificó los patrones de criminalidad, asignándoles una denominación diferente a la que primigeniamente le otorgara la Fiscalía General de la Nación, así:

Patrones de macro criminalidad Frente Suroeste y Bloque Pacífico-Héroes del Chocó	
Fiscalía General de la Nación	Sala de Justicia y Paz Tribunal Superior de Medellín
Homicidio	Ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias por motivos de intolerancia o discriminación contra los grupos más vulnerables de la población del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó y del Frente Suroeste.

Rodrigo
52

Desaparición forzada	Desaparición forzada de personas para encubrir las ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias, como una forma de colaborar con las autoridades públicas y sembrar el terror. En relación con el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó se resaltó que tal práctica se dirigió a las comunidades afro descendientes.
Desplazamiento forzado	Desplazamiento forzado de las comunidades negras e indígenas como estrategia de apropiación y control de sus territorios y sus recursos.
Reclutamiento ilícito	Reclutamiento e incorporación de los menores pobres de las comunidades negras al conflicto armado practicado por el Bloque Pacífico- Héroes del Chocó.
Tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes	Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó.
Violencia basada en género para el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.	Violencia sexual étnica y de género, contra las mujeres negras, practicado por el Bloque Pacífico- Héroes del Chocó.

Por supuesto, es claro para esta Sala que los procesos de Justicia y Paz deben dar aplicación al principio de enfoque diferencial dispuesto en el Artículo 5A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 3° de la Ley 1592 de 2012 que establece:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal

Rodrigo
53

197

razón, la participación de las víctimas en el proceso penal especial de que trata la presente ley, así como el proceso judicial y la investigación que se realice, deberán contar con dicho enfoque, sin perjuicio de la aplicación de criterios de priorización.

*El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones a que se refiere el artículo 5 de la presente ley, tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos/as, líderes/lideresas sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores/as de Derechos Humanos, víctimas de desplazamiento forzado y miembros de pueblos o comunidades indígenas, ROM, **negras, afrocolombianas**, raizales y palenqueras, cuando el riesgo se genere con ocasión de su participación en el proceso judicial especial de que trata la presente ley (Resalta la Sala).*

Ciertamente, es indiscutible que en este tipo de procesos, deben tenerse en cuenta criterios diferenciales, con el objeto de adoptar medidas afirmativas en beneficio de los grupos poblacionales más vulnerables, pues tienen necesidades de protección distintas ante condiciones económicas de debilidad manifiesta (art. 13 C.P) y socio-culturales específicas²⁷.

En el asunto, la modificación de los patrones de criminalidad por parte de la Magistratura en el fallo de primera instancia es objeto de apelación por la Fiscalía General de la Nación, bajo el entendido que critica la metodología aplicada en su construcción, sin embargo, emplea la información brindada por el ente investigador para finalmente alejarse de las denominaciones otorgadas.

Bajo esta perspectiva, no debe perderse de vista que el establecimiento de un nuevo modelo investigativo con la entrada en vigencia de la ley 1592 de 2012, busca esclarecer la verdad- como uno de los componentes

²⁷ CC T-010/15

Rodrigo
54

1018

fundamentales de la justicia transicional- a través de la construcción de un patrón de criminalidad que da cuenta del accionar de los grupos organizados al margen de la ley, sus prácticas y modus de actuación desarrollados de manera sistemática en un determinado territorio y de los que se puede develar sus políticas, planes, estrategias y motivos.

Ahora bien, la tarea de identificación de los patrones es designada a la Fiscalía General de la Nación, quien en orden a los parámetros de orden constitucional²⁸, legal²⁹ y los lineamientos administrativos de su Jefatura³⁰ y de conformidad con una ardua investigación, recoge la información brindada por los postulados en la versión libre como de las víctimas en sus diferentes relatos, así como también se provee de informes de policía judicial en los que se definen los contextos (análisis general del entorno delictivo) y finalmente, los complementa con diversas herramientas investigativas, a fin de conocer la forma en que se materializó y desarrolló el accionar criminal en determinada zona.

Obtenido el compendio investigativo, el Fiscal lo presenta a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz en la audiencia respectiva, quien deberá hacer un control material y participar en su estructuración, para finalmente robustecer la teoría sin apartarse *per se* de la situación fáctica divulgada en las diligencias, así como también fundamentado en la labor investigativa, que contienen

²⁸ Artículo Tránsito 66 de la Carta Política.

²⁹ Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012, y reglamentarios instituidos en el Decreto 3011 de 2013, compilado en el Decreto 1069 de 2015.

³⁰ Memorando 033 de 2013 y Directiva 01 de 2012.

Rodrigo 55

muestras tanto cualitativas como cuantitativas a partir de las cuales se establece que ese conjunto de actividades criminales se desarrolló de manera repetida en el territorio donde operaba el grupo armado ilegal.

Frente a la metodología correcta que debe ser aplicada en la elaboración de un patrón de criminalidad, la Sala ha sostenido que *«es un método esencialmente inductivo de construcción de verdad porque determina las políticas, los planes y el modus operandi de la organización criminal...»*, por tanto, se entiende la razón por la cual el *a quo* escogió de manera axiomática esta forma de investigación, como la más idónea para la elaboración de su argumento.

No obstante, debe precisar esta Corporación que la norma no estipula la implementación de un determinado método de investigación, sea inductivo o deductivo, pues el objetivo central y lo que realmente le interesa al proceso de justicia y paz es abordar de la forma más completa posible el actuar criminal de la organización, pues en últimas se propende por el esclarecimiento de la verdad, derecho en cabeza de la víctima y de la sociedad de conocer, saber y entender el actuar de la organización criminal y por otro lado, debe concebirse como un deber del Estado en presentar investigaciones claras, contundentes y concisas a fin de alcanzar los principios de la justicia transicional.

En ese entendido, en el caso que ocupa la atención de la Corte, la Fiscalía General de la Nación cumplió inicialmente con la carga correspondiente, pues uno a uno de los patrones de criminalidad expuestos en la audiencia

197

concentrada contra los postulados pertenecientes al Frente Suroeste y Bloque Pacífico- Héroes del Chocó, contenían los rasgos mínimos para su identificación, propuestos por esta Sala y que hacen relación a:

- (i) Actividades criminales desplegadas por el grupo, junto con los responsables de dichas conductas;
- (ii) Ubicación temporal y territorial donde ocurrieron; y
- (iii) Finalidad de tales actos³¹.

Adicionalmente, en su despliegue argumentativo insertó varios elementos para la declaración de un patrón criminal, según lo contemplado en el artículo 17 Decreto 3011 de 2013, actual artículo. 2.2.5.1.2.2.4. Decreto 1069 de 2015, dado que identificó los delitos más característicos, incluyendo su naturaleza y número, reseñó y analizó en el grupo armado, sus fines, modus operandi, prácticas, políticas, mecanismos de financiación de su estructura y presentó una muestra cualitativa de los casos que ilustran el tipo de delitos más característicos, atendiendo a los relatos brindados por las víctimas.

Si bien es cierto el ente investigador suministró información completa del conjunto de actividades delictivas a través de muestras cuantitativas y cualitativas de lo ocurrido en las zonas de injerencia y demostró como de manera sistemática se llevaron a cabo los punibles, priorizando los casos e indicando los responsables de los

³¹ CSJ SP19797-2017.

Rodrigo

mismos, no lo es menos que al denominar los patrones lo limitó simplemente al delito contenido en el estatuto penal y marginó de esta manera el propósito de la justicia transicional, dejando a un lado la dimensión, alcance y contenido otorgado por la jurisprudencia penal internacional y por ende, aminorando el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad.

En este asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos describe el patrón de macro criminalidad como una serie de delitos de carácter sistemático o generalizado, violatorios de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así lo precisó en el caso Perozo y otros vs Venezuela³², en el que señaló como se involucran patrones o sistematicidad en la comisión de una conducta ilegal, asociado a «prácticas sistemáticas y masivas», «patrones» o «políticas estatales».

Por lo tanto, el diseño de los patrones de macro criminalidad debe reconocer la verdadera dimensión del alcance del daño generado, demostrar la afectación a la población y sus efectos directos en la cultura de las comunidades, el control social y económico de los territorios, los modus operandi estructurados y planeados, a través de los cuáles los grupos organizados al margen de la ley lograron sus fines y objetivos.

Para el caso bajo examen, en las zonas bajo la influencia del Frente Suroeste y Bloque Pacífico -Héroes del Chocó (donde habitan comunidades afro descendientes y

³² CIDH serie 195, párrafo 149.

129

pueblos indígenas), la estrategia paramilitar incluyó la ejecución sistemática y generalizada de diversos delitos y si bien la Fiscalía allegó en la matriz presentada los relatos de las víctimas, terminó por plasmarlos en simples datos estadísticos de género, edad, formas de ejecución del delito, lo que impidió de esta manera construir un concepto integral del patrón, debido a la visión parcial e incompleta del accionar criminal, pues como fue señalado por el Fiscal designado, el fundamento de la investigación fue la versión de los postulados.

Se advierte entonces que la denominación otorgada por la Magistratura integra acertadamente los elementos de los distintos patrones de criminalidad, pues no solo analiza el accionar criminal desde los objetivos intrínsecos de la normas del grupo organizado; sino también estudia las razones que llevaron a que tanto el Frente Suroeste como el Bloque Pacífico - Héroes del Chocó arribaran a esa zona y perpetraran múltiples delitos.

De hecho, en relación con el patrón de «homicidio» concluyó la Sala de Justicia y Paz que el grupo paramilitar no solo pretendió una lucha antsubversiva como lo estableciera la Fiscalía, sino que también el control por ellos ejercido iba más allá, atentó contra la población civil, realizando de manera sistemática y generalizada *ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias inspiradas en motivos de intolerancia y discriminación contra la población más vulnerable*, dado que asesinaban a quienes por sus condiciones personales o sociales o comportamientos, no se adecuaban a su modelo de sociedad (consumidores de

Rodrigo

alucinógenos, personas señaladas de cometer delitos o quienes desobedecían las reglas impuestas).

Todo ello fue manifestado por los postulados, quienes refirieron que, para la época del Frente Suroeste la guerrilla era «poquita», pues cuando le fue entregado el grupo a alias *Doble Cero* «ya había hecho una labor de limpieza en la zona»³³ o lo dicho por Daniel Alejandro Serna, alias *Kenner*, quien declaró que «ahí no había pela con guerrilla, lo que más existía era delincuencia común»³⁴, manifestaciones que se refrendan con el dicho de las víctimas, entre las que se indicó «si el marido le pega a la mujer y le dan la queja a ellos, ellos van y los corrigen a ellos, pues le dan una pela... También están pendiente del vicioso, del ladrón»³⁵. Todo para concluir que estos grupos armados dirigieron sus acciones como una forma de dominio y poder sobre la población civil.

De igual forma ocurrió con el punible de «desaparición forzada», cuyos motivos expuestos por la Fiscalía se debían a la política del GAOML de ejecutar a quienes consideraban guerrilleros, milicianos, colaboradores o auxiliares de la subversión, ladrones o delincuentes comunes y miembros de la población civil o integrantes de la organización que infringieran las normas impuestas por el grupo ilegal, el a quo adicionó que esta conducta estuvo acompañada de convocatorias masivas a la población, elaboración de listas y participación de los miembros del grupo, armados y

³³ Cfr. folio 325 sentencia de primera instancia. Versión libre del postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra rendida el 28 de enero de 2014.

³⁴ Cfr folio 326, ibid. Entrevista de David Alejandro Serna, alias Kenner el 4 de agosto de 2009, presentada por el Fiscal en audiencia de formulación y aceptación de los cargos el 19 de junio de 2005, segunda sesión.

³⁵ Cfr. Folio 334, ibid.

encapuchados, ello con el fin de sembrar el terror y asegurar el dominio sobre la colectividad, en el caso del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó sobre las comunidades negras.

Desde tal perspectiva, la judicatura resaltó la evidencia hallada en la actuación, que muestra cómo la práctica de desaparición forzada fue un instrumento de cooperación entre los integrantes del grupo y las autoridades para impedir que se visibilizaran los índices de homicidios al encubrirlos, dado que los desaparecidos no contaban.

Tal punto fue referido por el postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra, quien manifestó que se estableció en la organización el uso de la desaparición forzada para encubrir los homicidios que cometían los paramilitares, versión que refrendó el postulado Luis Omar Marín Londoño³⁶, en los siguientes términos: «nosotros siempre hemos tenido conexión con la ley y a veces la ley que le dice a uno, hombre si van a matar a uno sáquenmelo no me lo dejen en el pueblo para que no me calienten a mí. Entonces que hacía yo, ordenaba les decía sáquenlo, entiérrenlo». Por consiguiente, el a quo denominó a este patrón «desaparición forzada de personas contra las comunidades negras (refiriéndose al Bloque Pacífico) para sembrar el terror y encubrir las ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias, como forma de cooperación con las autoridades públicas».

³⁶ Cfr folio 368. Versión libre del postulado Luis Omar Marín Londoño rendida el 23 de mayo de 2014.

Es importante precisar que los patrones subsiguientes hacen relación sólo al Bloque Pacífico-Héroes del Chocó, por lo que el *a quo* destacó la importancia del enfoque diferencial étnico en el contexto del conflicto armado en ese departamento, debido a la presencia de comunidades afrocolombianas e indígenas que viven en esta zona del país, quienes por sus características y diferencias particulares se vieron afectados de manera distinta a otros grupos de personas, colocando en riesgo incluso su existencia como pueblo.

Advertido lo anterior, la primera instancia analizó las circunstancias que rodearon el desplazamiento masivo de comunidades negras e indígenas (caso Santa Rita de Iró en 1998, Sabaletas jurisdicción del municipio de El Carmen de Atrato, vereda Las Mercedes del municipio de Quibdó en 1999), y otros casos de desplazamiento individual ocurridos entre 1998 y 1999 en varios municipios del departamento como consecuencia de diversos homicidios y desapariciones.

Es decir, el desplazamiento de estas personas no se debió al presunto vínculo con grupos insurgentes, sino más bien se trató de una estrategia de dominación y control de la población, sus territorios y recursos, con el fin de proteger los intereses de sectores económicos de la región, lo que es concluido a partir de los relatos de las víctimas, quienes refirieron las modalidades de actuación del grupo paramilitar contra esa población.

Respecto al reclutamiento ilícito, se aleja el a quo de las motivaciones brindadas por la Fiscalía, en el entendido a que este no se debió a las políticas de lucha antiterrorista y control y a la motivación de incrementar el pie de fuerza, sino más bien por la persistencia del conflicto armado interno, originando que los menores se ofrecieran como voluntarios por las circunstancias, pues consideraban que participar en el grupo era la mejor opción para ellos y sus familias, debido a la situación de extrema pobreza, violencia y desigualdad social, aunque en otros casos, fueron reclutados por la fuerza.

Estas circunstancias se representaron en la matriz de motivaciones, a través de las cuales las víctimas indicaron: falta de alternativas u oportunidades, falta de empleo y escasos recursos en el núcleo familiar (8 casos), intención de pertenecer al grupo (1 caso) y el uso de la fuerza (1 caso).

Así las cosas, el Grupo armado se aprovechó de estas situaciones y reclutaron a los menores de edad, por lo que el patrón se denominó en la sentencia de primera instancia: *Reclutamiento e incorporación de los menores pobres de las comunidades negras al conflicto armado practicado por el Bloque Pacífico- Héros del Chocó.*

En cuanto al delito de Tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, una vez estudiados diferentes casos, la primera instancia indicó que las víctimas fueron torturadas como forma de castigo, a efectos de confesar determinada conducta o dar información y otras veces fueron señalados de ser integrantes de grupos insurgentes o

de cometer delitos, siendo esta una forma de dominar y ejercer poder y control sobre la población por parte de los integrantes del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.

Por consiguiente, se concluye que los patrones de macro criminalidad declarados y estructurados en la sentencia por la magistratura, sí reúnen los elementos requeridos en la norma y en la jurisprudencia para su identificación y sobre todo se compadecen con la naturaleza de la justicia transicional, pues no solo reflejan la particular visión de los postulados rendidas en sus versiones libres sino también, abrigó las afirmaciones de los familiares de las víctimas.

2.1.1 Violencia basada en género.

En relación al patrón de macro criminalidad de violencia basada en género, se hará el estudio a partir de su denominación, para luego abordar la legalización del cargo de acceso carnal violento en persona protegida y por ende, la responsabilidad penal del postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra.

2.1.1.1 Denominación del patrón de macro criminalidad.

2.1.1.1.1 En audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos llevada a cabo el 12 de noviembre de 2015, la Fiscalía presentó ante la Sala de Justicia y Paz los casos de violencia basada en género atribuibles al Bloque Pacífico Héroes del Chocó, los que se concretan en 24

Rafael

casos, 20 sin documentar y 4 confesados e imputados al postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra por línea de mando.

Frente a la motivación para los ataques sexuales se indicó por parte de la Fiscalía que de los 710 casos registrados a nivel nacional, 116 (16.3%) obedecieron al aparente vínculo de la víctima con otras partes del conflicto y 542 casos (76.3%) al estatus de poder del perpetrador.

Asimismo, entre las prácticas el ente investigador señaló el acceso carnal, actos sexuales, tratos inhumanos o degradantes, prostitución y esclavitud y finalmente, esterilización forzada, presentándolas por grupos de edad.

A su turno, la primera instancia determinó que esta violencia sexual debe analizarse desde la perspectiva de género, como también de la diferencia étnica y cultural de la víctima, pues a su juicio de la evidencia se infiere que *«se centró en menores y mujeres de las comunidades negras por sus características y rasgos étnicos»*³⁷ por parte del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.

De igual manera, en el desarrollo de la audiencia, disgregó la argumentación brindada por el ente investigador para indicar que los datos aportados no revelan una línea sistemática, generalizada o repetida, por cuanto a partir de 4 casos no es posible asignarle a un Bloque que operó en una región específica una línea de conducta, así como

³⁷ Cfr. folio 464 sentencia de primera instancia.

tampoco se permite atribuirle esos hechos a superiores o comandantes.

Posteriormente, fueron presentados por la Fiscalía otros casos de violencia basada en género, en total 29, 4 confesados e imputados y 25 sin confesar, sin embargo, la Sala no aceptó como atribuible al Bloque Pacífico-Héroes del Chocó los que hacen relación a las víctimas Y.G.G., D.P.C.R., D.Y.Q.P, pues de conformidad a sus relatos y a los informes de policía judicial no identificaron a sus victimarios, como tampoco le atribuyeron la violación a un grupo paramilitar o miembro de este, pues en últimas no reconocieron al autor.

Pese a lo anterior, examinado los otros casos sin confesar e imputar, la Sala encontró que esos 26 si eran atribuibles al grupo armado ilegal, finalmente, agregó los 4 anteriores para un total de 30 casos de violencia sexual basada en género y concluyó que si existió este patrón.

Debido a ello, en consideración a que las víctimas de violencia sexual atribuidas al citado bloque pertenecían a la comunidad afro descendiente, en tanto que la mayoría de sus perpetradores fueron identificados como blancos o mestizos y un gran porcentaje de las víctimas habían sido observadas y fueron seleccionadas por sus características sexuales y físicas «*las de su raza*»³⁸, el a quo declaró como patrón de macro criminalidad «*violencia sexual étnica y de género, contra las mujeres negras, practicado por el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó*».

³⁸ Cfr. folios 464 y ss, sentencia de primera instancia.

207

Pues bien, a través de auto 092 de 2008 la Corte Constitucional identificó diversas circunstancias que evidencian la vulnerabilidad de la mujer en el contexto del conflicto armado en nuestro país³⁹, entre los que se cuenta la violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual.

Asimismo, se ha considerado que esta práctica por parte de los actores armados al margen de la ley, se exhibe como un patrón estructural de violencia y discriminación de género que impacta de manera diferencial y agudizada a las mujeres víctimas de las acciones de guerra, por lo que este tipo de violencia se convalida claramente en una forma de ejercicio de poder de las organizaciones armadas al margen de la ley, lo que afecta de manera energúmena tanto su dignidad como su libertad sexual y de paso transgrede los derechos humanos fundamentales.

A su vez, en el contexto internacional la utilización de la violencia sexual ha sido objeto de análisis, atendiendo las infracciones masivas de derechos humanos cometidos en diversos conflictos internacionales, esta ha sido una práctica masiva y en algunos casos ha obedecido a estrategias militares.

Por la complejidad del asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰ ha propendido por la protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres, a

³⁹ Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004.

⁴⁰ Caso Fernando y Raquel Mejía vs. Perú, 1996; caso Akayesu, 1998; caso Mucic et. al. "Celebici Camp", 1998; caso Furundzija, 1998; caso Kunarac et al. "Foča, 2001; caso penal Castro Castro vs. Perú, 2006- la violencia sexual es perpetrada en marcos de conflicto interno armado y se configura el crimen de lesa humanidad.

Rodrigo

través de instrumentos como la Convención de Belém do Pará⁴¹, en la que se destaca que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es *“una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”*, que *“trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”*⁴².

Naturalmente, en un conflicto armado como el que ha vivido nuestro país, la situación de vulnerabilidad de las mujeres es evidente, más aún en zonas que han sido dominadas por grupos armados ilegales, produciendo graves consecuencias humanitarias debido a los actos desproporcionados, como la violencia sexual que se traduce en una práctica que restringe y menoscaba las libertades y derechos de las mujeres, en ocasiones como botín de guerra⁴³ o como en este caso, como forma de dominación, particularmente en una zona estratégica para los objetivos del Bloque Pacífico.

En el asunto que suscita la atención de la Corte, luego de analizar los distintos informes allegados por la Fiscalía, la Magistratura declaró este punible como un patrón de macro criminalidad y en su denominación incluyó que las

⁴¹ Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de junio de 1994- (Colombia es Estado Parte).

⁴² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Preámbulo.

⁴³ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Resolución 1820 del 2008.

Raúl

201

víctimas de violencia sexual fueron escogidas por su etnia y raza y no simplemente por su género -como lo refirió el ente investigador- por lo que circunscribió en el patrón esa particularidad.

2.1.1.1.2 Efectuadas las anteriores precisiones, la Sala mantendrá la sentencia de primera instancia en cuanto identificó un patrón de macrocriminalidad que identificó como “de violencia sexual étnica y de género”.

Véase, en primer lugar, que de acuerdo con la información provista por la Fiscalía, al 76.3% de los casos de violencia sexual registrados a nivel nacional en relación con el conflicto les subyace como consideración relevante “el estatus de poder del perpetrador”. La construcción mental y social de dicho estatus debe entenderse, como primera línea de razonamiento, a partir de la existencia de estructuras heteropatriarcales, cuya preservación se sustenta en la construcción de masculinidades hegemónicas, que se identifican por la violencia hacia lo no masculino – lo *gay* y femenino -⁴⁴.

En ese sentido, la investigación empírica ha detectado que la construcción de la identidad paramilitar tuvo por eje resaltar «*valores masculinos de honor y valentía, y promovió la venganza como forma de resolución de conflictos*»⁴⁵ y, en ese contexto, «*la hipersexualidad masculina es entonces*

⁴⁴ Angela P. Harris, “Heteropatriarchy kill: Challenging Gender Violence in a Prison Nation” Washington University Journal of Law & Policy (2011) 13 – 65.

⁴⁵ Mauricio Romero, “Paramilitares y Autodefensas, 1982 – 2003”. Ed. Planeta, 2003.

Rafael 69

*aceptada como una ley natural en los grupos paramilitares, lo cual implica una visión objetivizante de las mujeres*⁴⁶.

Nótese cómo, de acuerdo con lo declarado por D.L.M.U., durante el evento de violencia sexual que sufrió, los agresores – dos hombres - «*se reían, se burlaban*», y la penetraron por la vagina con «*una botella de vidrio*», lo cual denota que su comportamiento no estuvo orientado, al menos únicamente, por la satisfacción delictiva de la pulsión sexual, sino también por el propósito destructivo de la corporalidad femenina. Ello se hace particularmente obvio al constatarse que la totalidad de los casos de violencia sexual atribuidos a miembros de la estructura paramilitar comandada por el postulado fueron cometidos contra mujeres, y que en algunos casos se les injuriaba con expresiones típicamente utilizadas por el sistema de pensamiento patriarcal para subordinar, controlar y apropiarse de la sexualidad, como “perra” o “usted es mía”⁴⁷.

Más aún, la noción, basada en el género, de la existencia de un estatus de privilegio de los agresores sobre las mujeres víctimas, es algo que se hace evidente a partir de situaciones como la narrada por Y.R.I.M.M.⁴⁸ Relató que tras ser conducida ante un comandante y rehusar tener relaciones sexuales con él, éste manifestó «*que nunca una mujer lo había despreciado*» y procedió a violarla. Tal situación denota la creencia, desde luego equivocada, de

⁴⁶ Erika Alejandra Cortés Ibáñez, “Feminización y subalternización del otro enemigo. Construcción y destrucción de corporalidades en contextos de conflicto armado y violencia extrema” Colombia Internacional (2014) 57 – 82.

⁴⁷ Por ejemplo, entrevistas de M.T.Y.S. y R.I.M.M.

⁴⁸ Informe de investigador de campo de 7 de marzo de 2016.

Rafael
70

que la condición masculina conlleva control y derechos sobre la corporalidad femenina.

Así, no cabe duda de que los casos de delitos sexuales identificados por el Tribunal tienen un evidente componente de violencia de género.

De otro lado, que esos hechos tienen también un ingrediente de discriminación étnica es algo que la Sala infiere de distintas circunstancias, todas ellas acreditadas en la actuación.

En primer lugar, se tiene que de los treinta casos de violencia sexual auscultados por la Fiscalía y el a quo – veintiséis de ellos no imputados y cuatro imputados y confesados por ZAPATA SIERRA -, **todos** fueron perpetrados contra mujeres afrodescendientes; y si bien es cierto que la población en la región sobre la cual el Bloque Pacífico ejerció influencia es predominantemente de raza negra, también lo es – como se sigue de los informes de Policía Judicial allegados al trámite – que en esa región del país existe presencia importante de otros grupos humanos y etnias. En efecto, la población indígena estimada en el Departamento del Chocó para el año 2011 era de 54009 individuos⁴⁹, en varios municipios existen grupos de blancos y mestizos significativos e, incluso, en algunos de ellos, «*los mestizos descendientes de antioqueños...conforman el grupo más representativo*» de las comunidades humanas presentes⁵⁰.

⁴⁹ Informe de Policía Judicial de 13 de noviembre de 2015, f. 10.

⁵⁰ Informe de Policía Judicial de 20 de octubre de 2015, f. 52.

Rodrigo

712

En ese entendido, que el 100% de casos de agresión sexual se hayan realizado en perjuicio de mujeres negras sería estadísticamente imposible - o cuando menos altamente improbable - si el factor racial no hubiese sido una consideración relevante en la elección de las víctimas para los perpetradores.

En segundo lugar, la información acopiada indica que el 81.2% de los individuos señalados como responsables de las agresiones sexuales documentadas no eran de raza negra, sino blancos o mestizos⁵¹. Esta circunstancia, considerada de manera conjunta con el hecho de que ninguna mujer no afrodescendiente fue víctima de delitos de esa naturaleza, indica claramente que el factor étnico no fue indiferente para quienes participaron en tales conductas.

Dicha relación entre las características étnicas de víctimas y victimarios - en la que se reprodujo mayoritariamente el patrón de sometimiento de las mujeres negras a los hombres blancos y mestizos-, hace imposible aprehender el verdadero alcance del patrón de violencia sexual atribuido al Bloque Pacífico sin consideración a las aristas de etnia que tales interacciones criminales envuelven. Téngase presente, a ese efecto, que la gama de imágenes estereotípicas de la *mujer negra* - lo que involucra una asociación necesaria entre el género y la raza - apareja un alto contenido de cosificación e hipersexualización, cuyo origen puede rastrearse a la época colonial:

⁵¹ F. 497, sentencia de primera instancia.

Rodrigo

La imagen de mujeres “negras”, hipersexuadas y asociadas con la animalidad, las despojó de toda humanidad y cercanía con el modelo dominante de femineidad, justificando así con total impunidad, la violación, la cual fue usada entre otras cosas, como un arma de represión contra ellas...⁵².

Ello explica, de una parte, que las violaciones perpetradas contra mujeres negras por miembros del Bloque Pacífico estuvieran precedidas de interacciones y expresiones que hacían patente ese estereotipo y lo revelaban como un factor motivacional de los delitos (por ejemplo, que “tenía un cuerpito bueno para hacerme un par de mellos”⁵³) y, por otra, que las víctimas, en una buena proporción, no fueran elegidas aleatoriamente, sino identificadas con anterioridad y extraídas por la fuerza de sus hogares para efectos de ser atacadas luego de ser señaladas como “muy buenas” o hacérseles saber que las habían “estado mirando”⁵⁴.

Así las cosas, la Sala estima adecuada la identificación del patrón macrocriminal fijado por el a quo, que denominó “violencia sexual étnica y de género”, y en esos términos permanecerá inmodificado.

2.2 Legalización de los cargos de acceso carnal violento en persona protegida al postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra.

2.2.1 En la decisión de primera instancia, la Sala de Justicia y Paz rehusó legalizar los cargos imputados a

⁵² Carmen Ximena Marciales Montenegro, “Violencia sexual en el conflicto armado: Los rostros afro de la reparación”. Universidad Nacional de Colombia, 2013. F. 23.

⁵³ Entrevista rendida por L.P.P.

⁵⁴ Entrevistas de M.Y.T.S. y E.Y.R.V.

ZAPATA SIERRA por el delito de acceso carnal violento, en relación con los siguientes hechos:

Víctima	Caso No.	Fecha	Lugar	Victimario
C.A.G.A.	212	Octubre de 2004	Corregimiento La Muriña- Municipio de Condoto.	Dos hombres- intervinieron varios miembros del Bloque Pacífico
M.L.P.R	145	Octubre de 2004	Corregimiento La Muriña- Municipio de Condoto.	Uno de los jefes en Condoto y varios hombres del grupo armado
E.G.P.P	143	10 de marzo de 1998	Corregimiento de Palestina, Municipio de Istmina.	Dos hombres del GAOML.
L.P.P.	144	4 de abril de 2001	Corregimiento de Puerto Martínez, Municipio de Alto Baudó.	Dos hombres del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó.

En sustento de tal determinación, adujo que la Fiscalía General de la Nación le atribuyó al postulado la responsabilidad por esos hechos a título doloso, como coautor “por línea de mando”, pero, en criterio del a quo, la evidencia indica que el postulado (i) no conoció de su ocurrencia, (ii) no tuvo dominio sobre la ejecución de la conducta y (iii) no contribuyó a su realización intencionalmente.

Argumentó entonces que no existe una responsabilidad penal por “línea de mando”, y tampoco

puede responsabilizarse al postulado como autor mediato a través de un aparato organizado de poder, pues esta último supone que la estructura tiene unos fines o propósitos contrarios al orden jurídico y sus miembros no obran por su propia cuenta, en consecuencia, el autor material ejecuta la voluntad de la cúpula y el plan criminal de la organización conforme a su orientación.

Empero, en este caso, conforme lo entendió el Tribunal, la violencia sexual no hacía parte de la política del grupo armado ilegal, sino que, de hecho, ese comportamiento era reprochado y sancionado drásticamente, por lo cual los cargos de acceso carnal violento no pueden atribuírsele a RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA.

Examinó también la posibilidad de imputarle al postulado responsabilidad por esos hechos con base en la figura de la responsabilidad del superior por omisión prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma, pero concluyó que no era viable hacerlo porque no se demostró que aquél tuviera conocimiento de los hechos⁵⁵.

Al recurrir la sentencia de primera instancia, la Fiscalía General de la Nación insistió en que el postulado es responsable de toda la actividad criminal desarrollada por los integrantes del grupo armado organizado, incluyendo los delitos sexuales. Idéntica postura asumieron tanto la Delegada de la Procuraduría⁵⁶ como dos representantes de

⁵⁵ Fs. 537 y 538.

⁵⁶ Cfr. Folios 513-527, cdno de apelaciones.

víctimas⁵⁷, quienes enfatizaron la necesidad de legalizar los cargos de violencia sexual en estos cuatro casos confesados e imputados a ZAPATA SIERRA.

2.2.2 Para abordar dicho problema jurídico – esto es, si el postulado es responsable por los cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento atrás señalados y si deben, por consecuencia, serle imputados – la Sala partirá por estudiar y contrastar los institutos de autoría o coautoría en hechos ejecutados por terceros que no obran como instrumentos, específicamente, el garante, la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad, el actuar por otro y la responsabilidad del superior por omisión establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, a efectos de discernir sus elementos definitorios y sus diferencias. Hecho lo anterior, examinará la posibilidad de aplicar directamente en el orden interno la norma mencionada y, finalmente, estudiará el caso concreto.

2.2.3 Sobre las formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero que no opera como instrumento.

En principio, el autor del delito, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, es quien personalmente o a través de un instrumento - es decir, un sujeto que obra bajo coacción o sin conocimiento -, realiza íntegramente la conducta punible, esto es, quien ejecuta el verbo rector o el comportamiento penado.

⁵⁷ Fs. 398-402 y 394-397, c. de apelaciones.

Estas hipótesis configuran la autoría inmediata o mediata, según el caso, o la coautoría, esto último, cuando el dominio del ilícito está repartido en una cantidad plural de personas que, en razón de un acuerdo previo, contribuyen sustancialmente a la ejecución del comportamiento penado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el desarrollo de la ciencia jurídico penal se han identificado situaciones en las que un sujeto no ejecuta el delito parcialmente o en su integridad, ni personalmente ni por intermedio de un instrumento, a pesar de lo cual la Ley, por razones de política criminal, lo equipara al autor y le imparte idéntico tratamiento punitivo.

2.2.3.1 La posición de garante.

Esta forma de actuar corresponde a la de quien ostenta posición de garantía y, teniendo el deber jurídico de impedir la producción de un resultado antijurídico, se abstiene de llevarlo a cabo, con lo cual su comportamiento omisivo o pasivo determina la configuración del efecto que estaba compelido a prevenir y se le asimila, por consecuencia, al autor.

Esa construcción teórica tiene sustento legal en el ordenamiento colombiano en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor es el siguiente:

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena

contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

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

PARAGRAFO. *Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.*

En la labor hermenéutica que le asiste, la Sala se ha ocupado de precisar:

Tiene posición de garante quien por competencia derivada de organización, de institución o injerencia, tiene el deber jurídico de proteger un bien tutelado por la ley, de modo que debe conjurar los resultados lesivos dentro de su órbita de responsabilidad. En virtud de la competencia por organización, las personas están facultadas para poner en riesgo bienes jurídicos, por ejemplo, con la construcción de viviendas, la aviación, el tráfico automotor, etc., pero a cambio deben asumir unos deberes de seguridad en orden a evitar que la creación o aumento de riesgos más allá de lo jurídicamente permitido derive en daño a bienes jurídicos, que, de ocurrir, les serán imputados.

La segunda encuentra sustento en normas jurídicas que establecen obligaciones especiales de orden institucional, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución Política dispone que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de

Rafael 78

los particulares". Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad.

La competencia por injerencia supone que quien ha causado un peligro anterior a bienes jurídicos (generalmente antijurídico), está llamado a conjurar las consecuencias que de tal situación se produzcan, mediante deberes de salvamento⁵⁸.

De ahí que la posición de garantía, es decir, la situación en la que se hace exigible a un individuo obrar activamente para evitar la producción de un determinado resultado antijurídico, puede provenir de i) la realización de una actividad riesgosa lícita; ii) un mandato constitucional o legal, o; iii) haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico. En relación con este último supuesto, debe precisarse que el riesgo generado por el comportamiento precedente debe ser *próximo*⁵⁹ o *cercano*⁶⁰, es decir, causar un peligro inminente para el bien tutelado, como sucede cuando, por ejemplo, quien conduce un vehículo arrolla a un peatón cuyas lesiones amenazan su vida.

Según lo tiene decantado esta Corporación, la posición de garantía derivada de un mandato legal o constitucional – es decir, por competencia institucional – puede derivar en la responsabilidad criminal del garante respecto de afectaciones producidas como consecuencia de sus omisiones a cualquier bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, mientras que en las dos restantes hipótesis – la competencia por organización o injerencia – la atribución de responsabilidad sólo se deriva de daños

⁵⁸ CSJ SP, 25 abr. 2018, rad. 49680.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal: Parte General, p. 676.

causados a los intereses expresamente señalados en el párrafo del artículo 25 transcrito:

...la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales⁶¹.

Desde luego, la posición de garantía aisladamente considerada resulta insuficiente para responsabilizar a quien la detenta por los resultados antijurídicos que, como consecuencia de su conducta omisiva, se produzcan, pues se requiere adicionalmente la constatación de que la persona tenga la capacidad material de evitar su producción, o lo que es igual, la facultad individual concreta y real de interrumpir el curso causal que culmina en la lesión del interés protegido:

...la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico, sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado⁶².

⁶¹ CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34628.

⁶² CSJ SP, 12 oct. 2016, rad. 46604.

Rodrigo

Ahora bien, el comportamiento omisivo del garante puede ser consciente y voluntario – doloso – o simplemente culposo.

En el primer evento, el garante tiene conocimiento del deber jurídico de evitación que le asiste, sus alcances y contornos, está enterado de que existe una situación de riesgo inminente para un bien jurídico que le compete proteger derivada de una conducta típica cuyos elementos estructurales conoce y, aún así, resuelve autónomamente no obrar para prevenir su afectación porque quiere su realización. En esas condiciones, el agente comete el delito por omisión y éste le es atribuible como autor a título dolo.

También es posible que el comportamiento omisivo del garante sea producto de la culpa, como sucede, verbigracia, cuando por un proceder negligente desestima la existencia de la posición de garante que ostenta, o el alcance concreto de la misma, o la ocurrencia de la conducta punible que suscita la afectación del bien jurídico que debe proteger. En ese caso, se le responsabiliza como autor en la susodicha condición, siempre que se trate de un delito que el legislador haya consagrado expresamente en la modalidad culposa, pero no se le atribuirá responsabilidad alguna en caso contrario.

Como se ve, en la posición de garante, dadas las condiciones exigidas en la Ley, se tiene por autor de un determinado delito a una persona distinta de quien materialmente lo ejecutó, incluso en ausencia de un acuerdo criminal previo entre uno y otro.

De acuerdo con lo expuesto, la atribución de responsabilidad por vía del artículo 25 de la Ley 599 de 2000 exige que:

- i) El agente tenga posición de garantía, derivada de alguno de los supuestos constitutivos de la misma previstos por el legislador.
- ii) Se produzca una lesión de un bien jurídico cuya protección se encuentre a cargo del agente por razón de su posición de garantía, y el cual, por consecuencia, tenía el deber de evitar.
- iii) El agente, además de ostentar posición de garantía, tuviese la capacidad real y material de tomar las medidas necesarias para prevenir dicha lesión.
- iv) El agente omita la realización de actos positivos orientados a prevenir la afectación del bien jurídico lesionado.
- v) El agente conociera los elementos constitutivos de la infracción, incluida la existencia de la posición de garantía y la propia capacidad de acción, y que habiendo obrado de modo negligente, el delito cometido esté previsto como culposo por el legislador.

2.2.3.2 Autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad.

La Sala, para atribuir la autoría de uno o más delitos a personas distintas de quienes los ejecutan materialmente, ha desarrollado y aplicado la tesis de la responsabilidad por cadena de mando – **a la que en adelante, y para evitar confusiones, se denominará autoría mediata en aparatos**

Rafael

organizados de poder por dominio de la voluntad - derivada de los planteamientos que en la doctrina penal alemana y, específicamente, en la obra de Claus Roxin, se han consolidado.

Tal construcción conceptual tiene aplicación a los casos en que las conductas punibles objeto de reproche son cometidas por miembros de una estructura organizada, pero se busca atribuir responsabilidad por las mismas no sólo a aquéllos - los autores materiales -, sino también a quienes ejercen control sobre la jerarquía organizacional, así no hayan tenido *«injerencia directa sobre aquellos que materializan o ejecutan las acciones ilícitas en el grupo»*⁶³, en cuanto hayan contribuido sustancialmente a la perpetración de los ilícitos:

*La Corte, en efecto, planteó la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, a través de la cual, al margen del compromiso penal de los autores y partícipes conocidos, lo que busca es desvelar e imputar el resultado del injusto a todos aquellos protagonistas que sin haber tenido vinculación directa en el acto criminal ni con el proceder de los ejecutores que se prestaron a sus fines, detentaron las riendas de los acontecimientos, impartiendo o transmitiendo órdenes en forma descendente desde la cúpula o posiciones intermedias -por cadena de mando a modo del autor detrás del autor- , sin consideración o ignorando la identidad del grupo armado operativo (gatilleros), con quienes por virtud de su posición subordinada, queda reducida o anulada toda posibilidad de contacto, lo que de ordinario favorece la impunidad de aquéllos que maniobraron los hilos del poder desde sitios estratégicos e inaccesibles, escudados en el anonimato, vale decir, desde el escritorio*⁶⁴.

Así pues, el desarrollo conceptual al que se hace referencia está orientado a lograr la atribuibilidad de resultados antijurídicos a quienes ostentan una posición de

⁶³ CSJ AP, 3 ago. 2016, rad. 33663.

⁶⁴ CSJ AP, 8 jun. 2016, rad. 33848.

Rafael

mando dentro de una organización jerárquica respecto de hechos cometidos por sus subordinados, cuando quiera que aquéllos materializan un mandato delictivo transferido a lo largo del escalafón de la estructura hasta sus ejecutores materiales.

En esas condiciones, *«dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría»*⁶⁵.

Así, se hace posible *«predicar responsabilidad tanto de quien ha ejecutado el hecho personalmente, como de quien no lo ha hecho pero se encuentra vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder»*⁶⁶. La imputación a los líderes de la organización criminal, según lo ha entendido la Sala, se hace en condición de autores mediatos, pues *«toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho»*⁶⁷, aunque también ha admitido la atribución de delitos cometidos por subordinados a los líderes de organizaciones estructuradas a título de coautores

⁶⁵ CSJ SP, 2 sep. 2009, rad. 29221.

⁶⁶ CSJ SP, 12 feb. 2014, rad. 40214.

⁶⁷ Ibidem.

725

materiales impropios⁶⁸.

Esta forma de participación criminal se diferencia de la autoría mediata por coacción o instrumento porque, en este caso, el perpetrador material del delito no es un objeto, entendido como una persona que obra bajo coacción insuperable o que no comprende su comportamiento, sino que se trata, por el contrario, de un individuo que actúa libre e inteligentemente, de modo que también él incurre en responsabilidad penal como autor material del ilícito.

Ahora bien, la imputación de uno o más delitos a los líderes de la estructura organizada requiere que aquéllos hayan tomado parte o contribuido, de alguna manera, a su realización, por lo cual sólo resulta viable cuando los superiores i) han dado la orden, explícita o implícita, de que se realicen las conductas punibles, la cual es comunicada descendientemente desde las esferas de control de la organización hasta quienes la ejecutan materialmente, o ii) los delitos se enmarcan dentro del ideario de la organización o en su plan criminal.

En esa lógica, no son atribuibles a los superiores aquellos delitos que, no obstante haber sido cometidos por miembros de la organización delictiva, no fueron ordenados por ellos y se apartan del modo operativo de la misma, su ideario o plan de acción, pues de lo contrario, terminaría por sancionárseles sin que hubiesen realizado un aporte a tales conductas ilícitas.

⁶⁸ CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974.

Rodrigo

De acuerdo con lo expuesto, son elementos constitutivos de esta forma de participación:

- i) La existencia de una organización jerarquizada.
- ii) La posición de mando o jerarquía que ostenta el agente al interior de aquélla.
- iii) La comisión de un delito perpetrado materialmente por integrantes de la misma, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia y desciende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario delictivo de la estructura.
- iv) Que el agente conozca la orden impartida o la política criminal en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización.

Nótese que en este escenario, aunque el individuo tampoco obra como autor, se le equipara jurídicamente a éste y se le responsabiliza como si lo fuera.

2.2.3.3 El actuar por otro.

Una tercera herramienta teórica por virtud de la cual la Ley da tratamiento de autor a quien no obra naturalísticamente como tal es la prevista en el inciso tercero del artículo 29 de la Ley 599 de 2000 – el actuar por otro -, así:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

En esta hipótesis, un individuo que opera como representante de hecho o de derecho de una persona jurídica o de un ente colectivo que carece de personalidad, o de una persona natural que no obra por sí misma, es castigado como si fuera el autor del delito, aun cuando los elementos estructurales de éste, y especialmente la cualificación especial exigida por un tipo penal en particular, recaen en la entidad representada y no en el representante.

Un ejemplo típico de esta situación se da en el delito de alzamiento de bienes, definido en el artículo 253 de la Ley 599 de 2000, cuya configuración exige una cualificación especial en el agente, específicamente, que sea deudor de un tercero en cuyo perjuicio oculta bienes para perjudicar a su acreedor. Así, y a modo de ejemplo, puede suceder que quien actúa como representante de una sociedad realice maniobras para esconder propiedades de la persona jurídica a la que representa en detrimento del acreedor, pero la condición de deudor no concurre en él sino en la entidad a cuyo nombre actúa.

En una comprensión tradicional de la autoría, el representante no podría ser responsabilizado como autor de esa conducta punible, pues no es él, sino la persona jurídica que representa, la que reúne la condición especial exigida en el tipo penal, y es en aquélla, entonces, en quien se consolidan los elementos estructurales de la autoría.

No obstante, por virtud de la ficción jurídica establecida por el legislador en el tercer inciso del artículo

29 precitado, el comportamiento del representante se asimila al de un verdadero autor, así desde la perspectiva óntica no lo sea. Así, la aplicación de este especial título de imputación exige los siguientes elementos estructurales:

- (i) La comisión de un delito especial, en el cual la circunstancia cualificante recae en una persona jurídica o una natural que obra a través de un representante.
- (ii) La intervención, en esa conducta típica, de quien opera como representante de una u otra, quien carece de dicha cualificación.

Como se ve, el elemento transversal al instituto del actuar por otro lo es la existencia de una relación de representación entre la persona jurídica o natural que reúne los elementos estructurales del tipo y una persona natural que actúa por aquélla; representación que bien puede ser de derecho – como sucede con quien es designado como tal por los integrantes de una sociedad – o de hecho.

2.2.3.4 La responsabilidad del superior por omisión.

Finalmente, otro mecanismo desarrollado por la ciencia jurídica para atribuir responsabilidad penal como autores a quienes no participan material o funcionalmente de manera directa en la comisión de un delito es el de la responsabilidad del superior militar por omisión, cuya consagración normativa más relevante se encuentra en la actualidad en el artículo 28 del Estatuto de Roma, que, en

cuanto interesa resaltar ahora, prevé:

a) *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

i) *Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*

ii) *No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

Se trata de un título de imputación cuyo origen parte de la comprensión de que *«las leyes de la guerra imponen a un comandante militar el deber de adoptar las medidas apropiadas que estén en su poder para controlar las tropas bajo su mando para prevenir actos que constituyan violaciones de las leyes de la guerra y que sean de probable ocurrencia ante la ocupación de territorios hostiles por soldados sin control; y a aquél puede atribuírsele responsabilidad personal por no tomar tales medidas cuando ocurran violaciones»*⁶⁹.

Ese principio – el de la responsabilidad del superior por omisión – fue positivizado en un instrumento internacional por primera vez en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. El numeral 2º del primer precepto mencionado señala que *«el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime*

⁶⁹ Ibidem.

de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

Tales desarrollos – aunados a los que en el contexto de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Ruanda y Yugoslavia se produjeron⁷⁰ – llevaron a que, en el Estatuto de Roma, se aprobara el aludido artículo 28, que consagró la responsabilidad del superior por omisión como una forma de participación en el crimen de un tercero⁷¹.

En efecto, ese precepto prevé que *«el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar **será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo**, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas».*

2.2.3.4.1 Así pues, se tiene que precitado artículo 28(a) indica que:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su

⁷⁰ Entre otros, los casos Martić (IT-95-11), Delalić y otros (IT-96-21-T), (IT-01-47), Kayishema y Ruzindana (ICTR-95-1).

⁷¹ Darryl Robinson, “A Justification of Command Responsibility” Criminal Law Forum (2017), 633 – 668; Bakone Justice Moloto, “Command Responsibility in International Criminal Tribunals”, Berkley Journal of International Law (2009) 12 – 25.

mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Lo primero que debe indicarse es que esta forma de responsabilidad tiene cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales, conforme lo tienen discernido tanto la doctrina⁷² como la jurisprudencia internacional⁷³. En ese orden, la noción de “comandante *militar*” no debe entenderse en términos orgánicos, es decir, como una alusión a las Fuerzas Militares legal y constitucionalmente establecidas, sino funcionalmente, esto es, en referencia a la actividad bélica o de la milicia, regular o irregular.

Efectuada la anterior precisión, se tiene que los elementos estructurantes que permiten atribuir responsabilidad penal a un individuo a través del literal (a) del artículo 28 en cita son los siguientes:

(i) Que el sujeto ostente la posición de comandante militar de una organización, bien sea porque le ha sido formalmente atribuida, ora porque actúa *de facto* como tal.

⁷² Sandesh Sivakumaran, “Command Responsibility in Irregular Groups”, *Journal of International Criminal Justice* (2012) 1129.

⁷³ La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba, Sala de cuestiones preliminares, Decisión de confirmación de cargos (15 de junio de 2009); La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba, Sala de Juzgamiento, Sentencia (21 de marzo de 2016).

Rodrigo
91

Ciertamente, es posible que la comandancia ejercida por el agente sea formal, esto es, que el individuo haya sido expresamente designado como jefe militar de la estructura, pero puede suceder también que, sin habersele nominado como tal, ejerza de hecho como comandante militar de la organización.

(ii) Que miembros de la estructura que aquél comanda cometan delitos de competencia de la Corte Penal Internacional – crímenes de lesa humanidad o de guerra, genocidio o agresión –.

Este elemento consiste en la comprobación de que se ha perpetrado un *delito base* - alguna de las infracciones criminales sobre las cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional -, siempre que en su comisión haya tomado parte, como autor, coautor o cómplice⁷⁴, cuando menos un subordinado del comandante.

No es necesario, a efectos de responsabilizar al comandante por el delito de sus subordinados, que estos hayan sido condenados y ni siquiera que estén plenamente identificados; basta que en el diligenciamiento cometido contra el superior se compruebe más allá de toda duda la ocurrencia de los ilícitos, por un lado, y que estos fueron perpetrados por miembros de las fuerzas controladas por el superior, por otro, así no se logre su precisa individualización⁷⁵.

⁷⁴ Volker Nerlich, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice* (2007), 665 - 682.

⁷⁵ Hadžihasanović y Kubura (IT-01-47).

(iii) Que los autores materiales de los delitos se encuentren, al momento de su comisión, bajo el mando y control efectivo del comandante militar, o bajo su autoridad y control efectivo, según el caso.

De acuerdo con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la figura en examen, resulta esencial que el comandante detente *control efectivo* los subordinados que han cometido el delito, o lo que es igual, que tenga la habilidad material de prevenirlo o reprimirlo, o de castigar a los responsables, derivada de su mando – tratándose de comandantes *de iure* – o de su autoridad – en el caso de comandantes *de facto* -⁷⁶.

Ello implica que cualquier grado de control *inferior* o *de menor entidad* al efectivo - incluso la facultad o potestad de ejercer influencia sustancial sobre el comportamiento de las tropas -, hace imposible responsabilizar al comandante por los delitos que éstas cometan⁷⁷. Significa, así mismo, que la valoración del *control efectivo* del jefe sobre sus subordinados no depende de la existencia de mandos medios entre ellos, ni tampoco de la concurrencia de *mando efectivo* entre dos o más superiores, pues la única circunstancia fáctica que resulta relevante a este respecto es la capacidad material, real y comprobable que le asista al cabecilla para prevenir o reprimir los delitos, o denunciarlos a las autoridades competentes.

⁷⁶ Delalić y otros (IT-96-21-T); Rober Cryer y otros, "An Introduction to International Criminal Law and Procedure". Cambridge University Press, 2010. Ps. 390 y ss.

⁷⁷ La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba, Sala de Juzgamiento, Sentencia (21 de marzo de 2016).

Se ha admitido que algunas circunstancias indicativas (aunque no necesariamente determinantes) de control efectivo sobre las tropas pueden serlo, entre otras, la ostentación de un título formal de jerarquía sobre aquéllas⁷⁸, la existencia de órdenes previas impartidas (siempre que se acredite su acatamiento)⁷⁹ y la facultad de modificar las estructuras de la organización, remover o promover a sus integrantes y disponer la iniciación o culminaciones de operaciones⁸⁰.

(iv) Que el comandante se abstenga de ejercer control apropiado sobre las fuerzas a su cargo, de modo omita la toma de las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o juzgamiento.

Este elemento comprende dos comportamientos que, aunque tienen en común su naturaleza omisiva, son materialmente diferentes:

Un primer supuesto fáctico consiste en que el comandante se abstiene de implementar las medidas necesarias y razonables para *prevenir* o *reprimir* los delitos cometidos por sus subordinados.

El verbo prevenir significa “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” o

⁷⁸ Caso Hadžihasanović y Kubura (IT-01-47).

⁷⁹ Casos Strugar (IT-01-42) y Halilović (IT-01-48).

⁸⁰ La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba, Sala de Juzgamiento, Sentencia (21 de marzo de 2016).

“precaer, evitar, estorbar o impedir algo”, mientras que reprimir implica “contener, refrenar, templar o moderar”. Así, el deber de prevenir es exigible antes de que los delitos de los subordinados se cometan y supone, precisamente, la carga de evitar que lleguen a ejecutarse; en contraste, el de reprimir debe cumplirse concomitantemente a la perpetración de los delitos, cuando estos están sucediendo, de modo que la obligación del superior se concreta en interrumpirlos, contenerlos o hacer que cese su ocurrencia.

El segundo supuesto fáctico consiste en que el superior omite implementar las medidas necesarias y razonables para garantizar que los delitos de sus subordinados sean castigados, de tener competencia para ello, ora para que sean conocidos por las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento; deber que, se insiste, es exigible tanto de quienes fungen como jefes de fuerzas regulares como de quienes comandan estructuras ilícitas⁸¹

Esta hipótesis tiene aplicación cuando el comandante no pudo conocer los delitos antes de su consumación o durante ésta sino después, cuando ya habían ocurrido, pues de lo contrario, la responsabilidad deviene del incumplimiento del deber de prevenir o reprimir las conductas punibles.

El concepto de medidas “razonables y necesarias” ha sido interpretado a partir de la específica posición del comandante, el grado de control que ejerce sobre las tropas

⁸¹ Casos Fofana and Kondewa (SCSL-04-14-T) y Sesay, Kallon, Gbao (SCSL-04-15-T)

y sus competencias al interior de la organización, de suerte que deben ser examinadas en cada caso concreto⁸². Ejemplos de tales medidas son entrenar adecuadamente a los subordinados en materias de derecho internacional humanitario, exigir reportes del devenir de las operaciones de las tropas y adoptar medidas disciplinarias cuando haya lugar a ellas, entre otras⁸³.

Nótese que la configuración normativa de la responsabilidad del superior, en lo que atañe al comportamiento castigado, está circunscrito a una omisión, de modo que si su conducta excede la simple pasividad y cae en el ámbito de la acción – por ejemplo, porque ordena la comisión del delito o la incentiva -, ya no será procedente imputarle el ilícito a través de esta figura, sino como autor, determinador o instigador, según el caso.

Es posible, desde luego, que el comandante no adopte *todas* las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de sus subordinados, pero que sí despliegue *algunas* medidas, aunque estas, en últimas, resulten insuficientes para tal propósito.

Tal comportamiento no tiene la potencialidad de eximir al superior de responsabilidad, pues lo que de él se exige es, se reitera, la implementación de todas las medidas razonables que sean necesarias para evitar, detener o castigar las conductas punibles de las fuerzas a su mando, de modo que, aún en tal escenario, pueden, por razón del

⁸² Casos Blaškić (IT-95-14) y Orić (IT-03-68).

⁸³ La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba, Sala de Juzgamiento, Sentencia (21 de marzo de 2016).

incumplimiento parcial de sus deberes de control, imputársele aquéllas.

(v) Que tuviera conocimiento de que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo tales delitos o estaban por cometerlos, o que, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saberlo.

En relación con el elemento subjetivo del comportamiento penado, el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma contempla, igualmente, dos escenarios distintos.

En el primer supuesto, el comandante se abstiene de tomar las medidas razonables y necesarias que le son exigibles para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de sus subordinados a pesar de **saber** que los mismos se estaban cometiendo o que sus fuerzas se proponían cometerlos. Se trata, pues, de un elemento mental que, en el marco de la tradición jurídica colombiana, corresponde al **dolo**, directo o eventual, pues el comportamiento omisivo del superior responde a que quiere la ocurrencia de los delitos cometidos por sus subordinados, ora a que, aunque no la quiere, le resulta irrelevante. La jurisprudencia internacional ha indicado que el conocimiento puede tenerse por probado mediante evidencia indirecta, como la cantidad y el alcance de los delitos, la cantidad de tropas involucradas, el involucramiento de oficiales o jefes en su realización, entre otros⁸⁴, y que no es necesario que el

⁸⁴ Caso Mucic y otros (IT-96-21).

superior esté al tanto de la identidad precisa de los ejecutores materiales⁸⁵.

En el segundo escenario, el comandante no tiene conocimiento de la comisión de los ilícitos, pero «*en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber*» que se estaban cometiendo o estaban por cometerse.

Se trata, entonces, de un comportamiento **culposo**, pues la omisión penada no es consecuencia de que el comandante haya dirigido su voluntad al incumplimiento de sus deberes de supervisión, sino de un proceder negligente en razón del cual, a pesar de que debía conocer la ocurrencia actual o inminente de conductas punibles de sus subordinados, la ignora y, por consecuencia, no toma las medidas razonables y necesarias para prevenirlas, reprimirlas o castigarlas.

Para discernir si el comandante militar *debía saber* sobre la comisión de las conductas punibles de sus fuerzas deben examinarse las circunstancias concretas de cada caso, teniendo en cuenta elementos como el número, naturaleza y alcance de los delitos realizados por los subordinados, la cantidad de tropas a su mando y las condiciones logísticas de la operación de la organización y la ubicación geográfica del superior y de sus tropas, entre otras⁸⁶.

⁸⁵ Blagojevic y Jokic (IT-02-60).

⁸⁶ Casos Halilović (IT-01-48) y Limaj (IT-03-66).

Naturalmente, la imputación de responsabilidad al superior militar por el incumplimiento culposo de sus deberes de prevención, represión o sanción sólo resultará procedente cuando el delito base esté previsto por la legislación penal sustantiva en la modalidad culposa, pues en la tradición jurídica nacional, las contribuciones negligentes a delitos que sólo existen como dolosos no es punible.

(vi) Además de los elementos anteriormente examinados, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha establecido como un requisito esencial de la atribución de responsabilidad a los comandantes militares que exista una relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas.

En tal sentido, ese Tribunal ha mantenido que la violación de los deberes de prevención y represión del comandante militar debe haber facilitado o alentado la comisión de los mismos⁸⁷, o cuando menos, incrementado el riesgo de su ocurrencia⁸⁸. De ahí que, aunque no se requiere que el comportamiento omisivo del superior entrañe una contribución sustancial a la conducta punible, sí resulta necesario que comporte un mínimo aporte a su realización.

Desde luego, dicha exigencia sólo tiene cabida de cara a los deberes de prevenir y reprimir, pues el deber de

⁸⁷ Darryl Robinson, "How Command Responsibility got so Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation and a Simple Solution" *Melbourne Journal of International Law* (2012) 1 – 58.

⁸⁸ *La Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba*, Sala de Juzgamiento, Sentencia (21 de marzo de 2016).

Rodrigo
99

sancionar sólo adquiere vigencia cuando los delitos ya se han consumado, de suerte que es un imposible lógico construir una relación entre su incumplimiento y la configuración de las infracciones.

2.2.3.5 A partir de las consideraciones que anteceden, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

(i) La característica común a los desarrollos teóricos atrás examinados es que todos ellos constituyen herramientas por medio de las cuales el orden normativo asimila al autor a un individuo que, respecto de un delito, no reúne las características que lo identifican, y le prodiga, en consecuencia, idéntico trato jurídico.

(ii) El instituto de la responsabilidad superior por omisión prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma se diferencia de las demás categorías analizadas, así:

(ii.i) Frente a la responsabilidad atribuible a quien detenta posición de garante, se advierte que la imputación por vía del artículo 28 no requiere la existencia de un deber jurídico de evitación de resultados antijurídicos. Esta distinción adquiere especial importancia en casos en que se valora la responsabilidad de superiores militares de organizaciones ilícitas, en quienes no recae un deber normativo de evitación.

(ii.ii) En cuanto a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, se observa que ésta requiere que el individuo preste un aporte esencial a la comisión del delito,

Rafael

bien sea porque profirió la orden de su comisión a través de los órganos de la estructura, ora porque estableció un ideario en cuyo marco se encuadra el ilícito. En contraste, la responsabilidad del superior no reclama la prestación de un aporte esencial por parte del comandante, pues para imputarle responsabilidad por el delito de sus subordinados basta con que su omisión haya facilitado el ilícito o incrementado el riesgo de su ocurrencia, a pesar de lo cual su conducta es asimilada, para todos los efectos jurídicos, a los de un verdadero autor.

Por igual razón, es claro que, en el ámbito de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, el comportamiento del jerarca siempre será doloso, mientras que, tratándose de la responsabilidad del superior militar, su compromiso penal puede devenir tanto de un comportamiento doloso como de uno culposo, esto último, siempre que los delitos de sus subordinados existan en la modalidad culposa.

Adicionalmente, mientras en la categoría de la autoría mediata en apartos organizados de poder la punibilidad tiene fundamento en que el jerarca controla la voluntad de los miembros de la organización, la responsabilidad del superior por omisión se fundamenta en que el jefe militar renuncia, dolosa o culposamente, a ejercer el control de las tropas bajo su mando o autoridad.

(ii.iii) Finalmente, en punto al actuar por otro, se tiene que, a diferencia de ésta, la responsabilidad del superior por omisión no está determinada por la existencia de un

Rodrigo

2/2

vínculo de representación legal, de hecho o de derecho, entre el autor del ilícito y la persona en que recaen los elementos especial del tipo penal. El comandante no obra como representante de sus fuerzas, pero por virtud del mando y control que ostenta sobre ellas, debe responder por los delitos que estas cometan.

2.2.3.6 La aplicabilidad del artículo 28 del Estatuto de Roma al derecho interno.

Establecidas las características fundantes de la responsabilidad del superior, conforme fue prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma, se hace necesario, antes de abordar el examen del caso concreto, establecer si esa previsión, contenida en un tratado internacional aprobado y ratificado por Colombia, es aplicable directamente al ordenamiento para la solución de este caso.

2.2.3.6.1 Con tal propósito, resulta indispensable, en primer lugar, aludir un antecedente jurisprudencial que puede resultar relevante.

Mediante providencia de 5 de diciembre de 2011, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá realizó control de lealtad formal y material de los cargos imputados por la Fiscalía a los postulados José Gregorio Mangonez Lugo y Ómar Enrique Martínez Ossías.

En dicha decisión, la mencionada Corporación atribuyó al primero nombrado responsabilidad por varios centenares de hechos con base en la figura de la

Rodrigo
102

responsabilidad del superior militar.

Al examinar el recurso de apelación interpuesto contra esa determinación, esta Sala, en auto de 26 de septiembre de 2012, modificó la decisión de primera instancia para señalar que *«la responsabilidad de Mangonez Lugo en su condición de comandante del frente ‘William Rivas’ debe predicarse bajo la figura del autor mediato en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable y no como responsabilidad del superior»*⁸⁹.

En sustento de ello, adujo que i) el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 indica que es autor mediato *«aquel que se vale de quien actúa atípica o justificadamente»; ii) «la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como quiera que se trata de una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio», y; iii) «La Sala ha sostenido que la teoría aplicable en materia transicional dentro del caso colombiano es la autoría mediata en aparatos organizados de poder».*

Adicionalmente, y de cara al caso concreto, consideró que i) el postulado ejerció como comandante del frente “William Rivas” de las A.U.C., y ii) *«los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado».*

⁸⁹ CSJ AP, 26 sep. 2012, rad. 38250.

Rodrigo

A partir de las consideraciones plasmadas en el proveído citado – y que llevaron a la Sala a modificar la providencia emitida por el Tribunal para negar la atribución de responsabilidad al postulado con base en la figura de la responsabilidad del superior -, la Corte afirma, en esta ocasión, **que dicha decisión no constituye un precedente en el que se haya sentado como subregla la no aplicabilidad de ese particular mecanismo de imputación al ordenamiento interno.**

De un lado, porque sin dificultad se advierte que, en esa oportunidad, esta Corporación no expuso un criterio en el sentido de que el razonamiento presentado por el Tribunal fuese equivocado – es decir, nunca afirmó que la conclusión en el sentido de que la figura de la responsabilidad del superior por omisión al ordenamiento nacional sea errada o contraria al orden jurídico -, sino que estimó que el instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es *«una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio»*.

Tal aserto, sin embargo, no implica que la responsabilidad del superior por omisión sea incompatible con el orden jurídico interno. Dicho de otra manera, que la autoría mediata en aparatos organizados de poder sea *«una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio»* y haya sido invocada reiteradamente por las autoridades judiciales para abordar casos de criminal organizada, de ninguna manera significa la exclusión de otras construcciones conceptuales orientadas a lograr la imputación de resultados

Rafael

antijurídicos, siempre que las mismas tengan fundamento normativo.

En igual sentido, que «*la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder*» es una circunstancia que – aunque cierta – en modo alguno conlleva la negación de la aplicación de otros desarrollos conceptuales y dogmáticos.

De ahí que la determinación adoptada en el caso de Mangonez Lugo en el sentido de descartar la responsabilidad del superior por omisión no se sustentó en la existencia de obstáculos normativos o conceptuales para aplicar ese mecanismo de imputación, sino en la orientación jurisprudencial previa que privilegió la responsabilidad por cadena de mando sobre otras herramientas jurídicas de atribución de resultados.

Ello se hace particularmente evidente al constatarse que ninguno de los precedentes⁹⁰ invocados en el auto de 26 de septiembre de 2012 para afirmar que en casos como el examinado lo «*pertinente*» es la aplicación de la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder (lo cual, se insiste, no puede asemejarse a una subregla prohibitiva respecto de otras formas de imputación), simplemente contienen consideraciones alusivas al desarrollo de aquélla y su capacidad de resolver casos como los sometidos a adjudicación en el trámite de Justicia y Paz, pero allí no se consignó ningún razonamiento orientado a *descartar* la viabilidad de aplicar el instituto de la responsabilidad del

⁹⁰ CSJ SP, 2 sep. 2009, rad. 29221 y CSJ AP, 21 sep. 2009, rad. 32022.

Rafael

superior, conforme aparece consagrada en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En segundo lugar, porque de la revisión del auto de 26 de septiembre de 2012 se observa que el caso allí resuelto podía ser solucionado a través de la figura de la autoría en aparatos organizados de poder, específicamente porque *«los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado»*, de suerte que la Sala no se enfrentó a un caso en el que ese instituto resultare insuficiente para la atribución de responsabilidad penal.

En ese orden – y considerando que la vinculatoriedad de los precedentes jurisprudenciales está condicionada a la similitud fáctica y jurídica que exista entre los distintos asuntos – surge evidente que las subreglas sentadas por la Sala en esa providencia no tienen aplicación a eventos en los que, por el contrario, no están comprobados los elementos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, uno de ellos, que la persona investigada haya tenido participación directa en los hechos imputados, bien sea ordenándolos, promoviéndolos o incentivándolos, ora construyendo políticas o directrices organizacionales que lleven a su comisión.

Puesto de otra manera: de lo resuelto por la Sala en la providencia en cita puede deducirse, como subregla, que el instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es aplicable a aquellos casos en que se cumplen los

Raúl

requisitos para imputarle responsabilidad a una persona por medio de esa categoría, pero nada dice dicha providencia sobre los institutos jurídicos que deben o pueden aplicarse cuando tales requisitos no se encuentran satisfechos (como sucede, como en este caso y según se precisará más adelante, si la persona investigada no tomó parte activa en la comisión de los ilícitos, ni ordenándolos ni promoviéndolos).

De lo expuesto en precedencia se sigue que la Sala no ha sentado un precedente a partir del cual se deduzca una prohibición de aplicar en el orden interno la figura de la responsabilidad del superior por omisión al cual deba atenerse en este asunto, o del que deba apartarse motivadamente.

2.2.3.6.2 Efectuada la precisión anterior, la Corte anticipa su conclusión en el sentido de que **el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, que consagra la responsabilidad del superior por omisión, hace parte integrante del derecho nacional y es aplicable a este caso.** Las razones son las que se exponen a continuación.

(i) En primer lugar, debe anotarse que el proceso judicial de Justicia y Paz está regulado primordialmente por la Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012.

Esa normatividad contiene las reglas especiales de procedimiento que se aplican en el ámbito de ese procedimiento *sui generis*, pero no regula de manera íntegra y absoluta todos los aspectos adjetivos del mismo, ni

contiene tampoco regulación comprensiva sobre las facetas penales sustanciales que rigen la actuación.

Por tal razón, la Ley 975 de 2005 establece que en todo lo que allí no está previsto – en aspectos procesales –, «se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal». De igual modo, refiere, para distintos asuntos sustanciales, al Código Penal⁹¹.

Uno de los puntos que carece de regulación expresa en las Leyes específicamente promulgadas para el trámite de Justicia y Paz es el de las formas de participación criminal y los títulos de imputación, pues aunque la Ley 975 de 2005 alude a los institutos de «autores o partícipes»⁹², no los define ni precisa su contenido, por lo cual la comprensión de tales categorías está necesariamente vinculada con lo que al respecto dispone la Ley 599 de 2000.

Dicho de otra forma, para precisar y aplicar las nociones de autoría y participación utilizadas en el trámite especial de Justicia y Paz, corresponde al operador jurídico acudir al Código Penal.

Ahora bien, la Ley 599 de 2000, específicamente en los artículos 29 y 30, consagra las nociones de autor – mediato e inmediato-, coautor, cómplice, determinador, interviniente y autor por actuar por otro.

⁹¹ Artículos 20, 29

⁹² Por ejemplo, el artículo 2º.

Rodrigo

Aunque de manera explícita los citados artículos no consagran la responsabilidad de los jefes y otros superiores por omisión, tal categoría dogmática, se establece en el ordenamiento jurídico penal interno a través del artículo 93 de la Carta Política, la regla 153 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario como fuente formal del derecho, el artículo 28 del Estatuto de Roma y el artículo 2 del Código Penal colombiano, éste último al señalar en su tenor que **«las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código»**.

Véase, así mismo, que dichas normas y postulados sobre derechos humanos, como se sigue de la simple lectura de los textos legales citados, no están circunscritos o limitados a constituir un criterio interpretativo que deba seguir el operador judicial, sino que se erigen en **verdaderos mandatos**, pues, se reitera, hacen **«parte integral»** del Código Penal.

En esa óptica, la Sala observa que el artículo 28 del Estatuto de Roma cumple con las condiciones exigidas para ser incorporado al texto del Código Penal, porque i) se encuentra consignado en un tratado internacional que fue ratificado y aprobado por Colombia, esto último, mediante la Ley 742 de 2002, y ii) ese precepto se ocupa de **«derechos humanos»**, al punto que compone, a nivel global, uno de los principales instrumentos internacionales para su protección.

Rodrigo
Zapata

Ciertamente, que el Estatuto de Roma es un tratado sobre derechos humanos es algo que se desprende de su mismo contenido – en cuanto está orientado a evitar la impunidad respecto de graves violaciones de aquéllos –, y que ha sido expresamente reconocido por la Corte Constitucional, así:

*La creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente e independiente es el resultado de un prolongado proceso de construcción de consensos en el seno de la comunidad internacional **en torno a la necesidad de garantizar la protección efectiva de la dignidad humana frente a actos de barbarie** y de proscribir los más graves crímenes internacionales. **Su establecimiento constituye un avance para la protección efectiva de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario**⁹³.*

Desde luego, no todas y cada una de las previsiones del Estatuto atañen directamente a la protección de los derechos humanos, textos éstos de carácter sustancial, pues varias de ellas se ocupan simplemente de aspectos administrativos, organizacionales, procedimentales y operativos de la Corte Penal Internacional. Pero, lo cierto, es que los preceptos atinentes a los títulos de imputación sí tienen categoría de disposiciones sustanciales y a su vez de normas internacionales de derechos humanos y es a través de ellas que se materializa la atribución de responsabilidad penal por la comisión de delitos internacionales y, por esa vía, se materializa uno de los fines últimos del Estatuto, en concreto, el de lograr la punición de los mismos y prevenir su futura realización.

⁹³ Sentencia C – 578 de 2002.

Ello es particularmente cierto del modo de responsabilidad previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la del superior por mando o jefatura militar, pues por esa vía lo pretendido es reducir el margen de impunidad y hacer posible atribuir resultados criminales que no hacen parte del plan criminal de la organización y se imputa a quienes, sin haber tomado parte material o directa en los mismos, se encontraban en una situación que les hacía exigible tomar medidas para su prevención, represión o sanción. En ese orden, el modo de responsabilidad de que trata el mencionado artículo 28 del Estatuto refleja una de las más importantes herramientas establecidas en ese instrumento para la protección de los derechos humanos.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional:

La lucha contra la impunidad frente a la comisión de crímenes atroces ha llevado a los países signatarios del Estatuto de Roma a codificar la doctrina de la responsabilidad del comandante o superior.

(...)

*Lo más importante de este artículo es que amplía la responsabilidad penal de los que tienen mando militar o detentan de facto autoridad militar **para evitar la impunidad** tanto de los jefes investidos formal y públicamente como de los superiores de facto de grupos irregulares⁹⁴.*

Véase, pues, que el artículo 2º de la Ley 599 de 2000 – aplicable, como se explicó, al trámite de Justicia y Paz –, ordena la aplicación directa de aquellas normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia, dentro de los cuales se

⁹⁴ Ibidem.

Rodrigo

encuentra el artículo 28 del Estatuto de Roma; hermenéutica que, además de sustentarse en el tenor del primero precepto mencionado, refleja además el criterio de la Sala, según el cual «*al operador judicial...le compete modular la eventual aplicación de las normas internacionales*»⁹⁵ en un caso concreto y, para tal fin, «*no es necesario que la legislación colombiana consagre un determinado instituto*»⁹⁶.

(ii) Las obligaciones internacionales asumidas por Colombia al ratificar y aprobar el Estatuto de Roma hacen necesaria la aplicación al orden interno de la figura de la responsabilidad del superior por omisión a los casos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio que investiguen y juzguen las autoridades nacionales.

Ciertamente, al hacerse parte de dicho instrumento, el país reconoció que «*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*»⁹⁷. Tal obligación se desprende también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸, y al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

*Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. **Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus***

⁹⁵ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 44312.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Preámbulo.

⁹⁸ Artículo 1.1.

Rafael

derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que **el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”**. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos...⁹⁹.

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha ratificado que el Estado tiene deberes de «luchar contra la impunidad» e «investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos»¹⁰⁰.

Ahora bien, la Corte Penal Internacional opera con la base de la jurisdicción complementaria, de suerte que sólo podrá asumir conocimiento de un determinado caso cuando el Estado llamado a investigarlo y juzgarlo sea renuente o no tenga la capacidad de hacerlo. Así, el artículo 17 del Estatuto de Roma prevé que se declarará inadmisibile un asunto cuando «sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o **no pueda realmente hacerlo**», ora cuando «haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya

⁹⁹ Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, paras. 110 y 111.

¹⁰⁰ Sentencia C - 579 de 2013.

Rodrigo
113

*decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o **no pueda realmente hacerlo**.*

Esa misma previsión señala:

*A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o **no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.***

De las normas señaladas se desprende que, de negarse la posibilidad de aplicar de manera directa en el orden interno el instituto de la responsabilidad del superior, las autoridades nacionales estarían siempre y en todo caso en la imposibilidad de llevar a juicio a los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad a quienes tales conductas no puedan serles atribuidos a través de otros títulos de imputación, o lo que es igual, que Colombia se encuentra permanente e indefectiblemente imposibilitada para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, en cuanto nunca podría llevar a juicio a quienes, en el ámbito del derecho penal internacional, serían criminalmente responsables en condición de superiores.

Puesto de otra manera, si la ratificación y aprobación del Estatuto de Roma supone para Colombia la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores y coautores

Rodriguez

mediatos e inmediatos de delitos internacionales¹⁰¹, a sus determinadores¹⁰², sus cómplices o encubridores¹⁰³, y a los jefes militares de estructuras armadas regulares o irregulares cuya conducta se subsuma en la descripción del artículo 28 de esa codificación, surge evidente que la única forma de honrar dicho compromiso internacional es a través de la aplicación, en el derecho vernáculo, de las categorías que permitan judicializarlos.

De negarse la aplicación de la responsabilidad superior por omisión a aquéllos casos en que sus elementos estructurales están configurados, el procedimiento criminal resultaría no sólo en el quebrantamiento de un deber internacional, sino también en la activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional respecto de ese asunto, específicamente, por actualizarse la hipótesis de que el Estado «*no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio*».

Y es que si bien las teorías de la posición de garante y de autoría mediata en aparatos organizados de poder permite cerrar la brecha de impunidad y materializar los deberes de investigación y juzgamiento respecto de *algunos* casos de delitos cometidos por miembros de organizaciones ilícitas, lo cierto es que su capacidad de rendimiento es menor que la ofrecida por el instituto de la responsabilidad del superior por omisión, pues existe un espectro de situaciones fácticas que no pueden ser abordadas por aquéllas, pero sí por ésta.

¹⁰¹ Artículo 25, numeral 3, literal A.

¹⁰² Artículo 25, numeral 3, literal B.

¹⁰³ Artículo 25, numeral 3, literales C y D.

Rodrigo

En ese orden, la interpretación según la cual el artículo 2° de la Ley 599 de 2000 incorpora al texto del Código Penal el mecanismo de imputación previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma i) no sólo permite un mayor espectro de garantía de los derechos humanos, específicamente, el de justicia que les asiste a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, ii) sino que también se ajusta adecuadamente a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia, conforme quedó previamente explicado.

(iii) Véase, de otra parte, que la hermenéutica propuesta por la Sala respecto del artículo 2° de la Ley 599 de 2000 y su consecuencia de incorporar como precepto normativo del Código Penal la figura de la responsabilidad del superior por omisión definida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, encuentra adicional ratificación en las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Al efecto, téngase presente que las reglas del Derecho Internacional Humanitario – condensadas en los Convenios de Ginebra, pero también en la costumbre internacional -, no constituyen simples enunciados desiderativos, sino que *«forman parte integrante del derecho consuetudinario de los pueblos o ius cogens y por ello las mismas presentan una fuerza vinculante internacional»*¹⁰⁴. De ahí que *«no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios*

¹⁰⁴ Sentencia C - 991 de 2000.

axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens»¹⁰⁵.

Incluso de admitirse que sólo algunas reglas del Derecho Internacional Humanitario tienen la categoría de *ius cogens*, y que no todas ellas, entonces, se incorporan automáticamente al orden interno, es lo cierto que «la totalidad de disposiciones que integran el Derecho Internacional Humanitario –tanto sustantivas como procedimentales, tanto convencionales como consuetudinarias en su origen o como principios generales de derecho- son **obligatorias** para el Estado colombiano»¹⁰⁶. A éstas últimas corresponde el texto en el párrafo siguiente.

La Regla 153 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, identificada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, aplica para este caso, sin importar que el conflicto armado sea internacional o interno; dicha regla indica que «los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables».

De ahí que, entonces, el Estado Colombiano no sólo tiene la obligación internacional de evitar la impunidad respecto de delitos internacionales, conforme quedó

¹⁰⁵ Sentencia C - 225 de 1995.

¹⁰⁶ Sentencia C - 291 de 2007.

Rodrigo

señalado atrás, sino también la de garantizar la efectividad de la figura de la responsabilidad del superior, específicamente en cuanto – como sucede en este asunto, en el que a ZAPATA SIERRA se le imputó el delito de acceso carnal violento *en persona protegida* – aquéllos se abstienen de tomar todas la medidas razonables para evitar que sus subordinados cometan *crímenes de guerra* o para castigar a los responsables.

Precisamente, en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional indicó que el Estatuto de Roma y la Regla 153 recién transcrita constituyen «*un mandato de adecuación de la legislación y la jurisprudencia del derecho interno*»¹⁰⁷; mandato que, en lo que al problema examinado respecta, cumplió el legislador cuando, en el artículo 2º de la Ley 599 de 2000, estableció que «*las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código*», y que cumple la Sala al explicitar que, en virtud de ese expreso mandato legal, la figura de la responsabilidad del superior, en los términos del artículo 28 del Estatuto de Roma, hace parte del texto mismo del referido Código.

La aludida Regla 153 sí ratifica la obligación que tienen las autoridades nacionales de perseguir penalmente a quienes, en condición de superiores, son responsables por omisión por los delitos internacionales cometidos por sus subordinados, y sustenta entonces la hermenéutica

¹⁰⁷ Sentencia C – 674 de 2017.

propuesta por la Sala respecto del artículo 2° de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, la Sala reitera que, en aplicación del artículo 2° de la Ley 599 de 2000, **ha de tenerse como parte integrante del Código Penal el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma.**

Desde luego, la figura de atribución de responsabilidad penal que ese precepto consagra sólo tiene aplicación en asuntos en los que se investiga y juzga la comisión de delitos internacionales, esto es, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión.

Ello es así, esencialmente, porque la aplicación de ese mecanismo de imputación, como quedó esbozado, está intrínsecamente asociada a la obligación que tiene el Estado de evitar la impunidad respecto de graves violaciones de derechos humanos y, además, corresponde a un instituto dogmático cuyo desarrollo y consagración se hallan asociados al consenso de la comunidad global respecto de la postura que deben asumir las naciones frente a aquellas conductas que, por estar revestidas de especial gravedad, han sido elevadas a la categoría de punibles internacionales.

De ahí que ese específico precepto internacional – el que consagra la responsabilidad del superior militar por omisión – no imponga a los Estados ninguna obligación o responsabilidad frente a la configuración del derecho

Rodrigo
119

interno en lo que atañe a las respuestas legislativas contra los delitos que carecen de trascendencia internacional.

2.2.3.6 El caso concreto.

2.2.3.6.1 De entrada, la Corte encuentra que los cuatros hechos de violencia sexual imputados a ZAPATA SIERRA no le son atribuibles por posición de garantía, ni tampoco por la vía de la autoría mediata en aparatos organizados de poder o la figura del actuar por otro.

(i) No puede sostenerse que el postulado tuviera el deber jurídico de evitar resultados antijurídicos ocasionados por sus subordinados. Ciertamente, RODRIGO ALBERTO ZAPATA hacía parte de una estructura armada ilícita y, en tal condición, no pesaba sobre él un mandato normativo que supusiera para él una posición de garantía formal.

Como el postulado no era el comandante una fuerza armada regular sino de un ejército ilícito, de él no era predicable un deber legal o constitucional de evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos constituyo de posición de garantía por organización institucional.

Tampoco por virtud de la organización por injerencia puede atribuirse a RODRIGO ZAPATA una posición de garantía que le hiciera exigible evitar los casos de violencia sexual ejecutados por militantes del Bloque que dirigía, pues aquélla sólo se consolida ante la creación de un riesgo *próximo* para el bien jurídico. Aunque la estructuración de

una organización ilícita con planes de control territorial y lucha antisubersiva entraña la creación de ciertos riesgos jurídicamente desaprobados, de ese hecho no se desprende un peligro cercano para la formación, libertad e integridad sexuales, menos por cuanto los estatutos del Bloque al que perteneció el procesado, según se demostró en la actuación, prohibían a los combatientes tomar parte en conductas lesivas de ese interés protegido.

(ii) El instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder tampoco permite responsabilizar a RODRIGO ZAPATA SIERRA por esos hechos, porque la violencia sexual no hacía parte del ideario delictivo del Bloque que él dirigía – de hecho, estaba estatutariamente prohibida, según se demostró – y las pruebas descartan que los cuatro delitos imputados hubiesen sido ejecutados por órdenes suyas.

(iii) Los delitos sexuales imputados a ZAPATA SIERRA no fueron cometidos por él en condición de representante de hecho o de derecho de los autores materiales de los mismos, ni tales conductas están tipificadas como delitos especiales en los que sus elementos estructurales estén disociados entre los perpetradores y su representante jurídico. La figura del actuar por otro, en consecuencia, resulta en todo inaplicable a este asunto y no puede utilizarse para solucionarlo.

Visto lo anterior, entonces, la Sala examinará el caso con fundamento en la responsabilidad del superior por omisión de que trata el literal (a) del artículo 28 del Estatuto

Rodrigo
121

de Roma, en los términos en que fue precisada anteriormente.

2.2.3.6.2 A tal fin, se hace necesario anotar, en primer lugar, que ZAPATA SIERRA ejerció, entre 1996 y marzo de 1999, como responsable financiero y logístico del Bloque Pacífico – Héroe del Chocó y, desde marzo de 1999 hasta su desmovilización, producida en diciembre de 2004, como comandante militar de esa organización:

Época	Cargo desempeñado	Funciones
Desde 1996 hasta 2002	Comandante financiero y logístico	Mediar entre el grupo paramilitar y bandas narcotraficantes, administrar los recursos económicos del frente, rendir cuentas a Vicente Castaño ¹⁰⁸ , cobrar impuestos ¹⁰⁹ .
Desde marzo de 2002 hasta diciembre de 2004	Comandante militar	Disponer sobre las operaciones militares del frente y supervisarlas, ordenar el movimiento de tropas ¹¹⁰ , ejercer la función disciplinaria ¹¹¹ .

¹⁰⁸ F. 536, s. de primera instancia.

¹⁰⁹ F. 39, informe de 22 de octubre de 2015.

¹¹⁰ Ibídem.

¹¹¹ Audiencias de 11 de junio y 11 de julio de 2014.

Rodrigo

Ahora bien, recuérdese que los cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento en persona protegida imputados a ZAPATA SIERRA cuya legalización reclama la Fiscalía ocurrieron en marzo de 1998, marzo de 2001 y, dos de ellos, en octubre de 2004.

(i) En relación con el hecho sucedido en marzo de 1998 de que fue víctima E.G.P.P., la Corte advierte que no es posible atribuirle responsabilidad penal a RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA por su comisión.

Ciertamente, para esa época no se había ratificado el Estatuto de Roma ni, como es obvio, había entrado en vigencia la reglamentación sustantiva, lo cual sucedió el 1° de julio de 2002. Para ese momento tampoco había sido promulgada la Ley 599 de 2000, cuyo articulado contiene el precepto normativo que autoriza la aplicación directa del literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma.

Debe desde ya precisarse que por razón de la reserva que hizo Colombia al tratado de Roma, las disposiciones procedimentales que regulan la competencia de la Fiscalía para investigar, solo en esta materia tales mandatos entraron en vigor el primero de noviembre de 2012, pero el tema sustantivo relacionado con el literal A del artículo 28 del Estatuto de Roma entró en vigencia el primero de julio del año 2002.

En esas condiciones, imputarle a ZAPATA SIERRA el hecho acaecido en marzo de 1998 comportaría una violación de sus garantías fundamentales y,

específicamente, del debido proceso, en cuanto ello conllevaría la aplicación retroactiva de la Ley penal en perjuicio suyo.

En consecuencia, este cargo concreto no será legalizado.

A pesar de ello, se mantendrá la decisión del a quo en cuanto resolvió indemnizar a la víctima del hecho, atendiendo a que (i) la víctima está identificada, (ii) la materialidad de la conducta de acceso carnal violento se acreditó y (iii) está probado que los victimarios del hecho punible hacían parte de la estructura paramilitar.

Ciertamente, y aunque uno de los apoderados de víctima que recurrió la sentencia de primer grado adujo que no es posible ordenar la reparación por un hecho delictivo cuyo autor no ha sido condenado, la Sala observa, inicialmente, que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, *«la condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible»*. Idéntica disposición contiene el artículo 5° de la Ley 975 de 2005.

De otro lado, y si bien es cierto que de acuerdo con el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 975 de 2005, las víctimas tienen derecho a *«una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito»*, también lo es que la Corte Constitucional, en sentencia C – 575 de 2006, estableció que *«todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de*

la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados; **y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron**», de lo cual se sigue como conclusión clara que no resulta necesaria la condena para efectos de disponer la reparación.

Por su parte, el artículo 42 ibídem prevé que «cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación»; norma que fue derogada por el artículo 41 de la Ley 1592 de 2012, pero que recobró vigencia con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de este último dispuesta en sentencia C - 286 de 2014, en la que expresamente se expresó su reviviscencia.

(ii) Tampoco respecto del hecho sucedido en abril de 2001 en perjuicio de L.P.P. es posible legalizar los cargos contra ZAPATA SIERRA, pues aunque para ese momento ya había sido promulgada la Ley 599 de 2000, sus efectos sólo empezaron a producirse el 24 de julio de 2001. Adicionalmente, en ese momento no había empezado a regir la parte sustantiva del Estatuto de Roma, de suerte que, en síntesis, para la fecha en que ocurrió ese delito no existía la norma que permitiría responsabilizar al postulado por su comisión.

Sin perjuicio de ello, también respecto de este caso se mantendrán las medidas de reparación ordenadas por el a quo, por las mismas razones expuestas en precedencia.

(iii) Distinto sucede con los hechos acaecidos en octubre de 2004, de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R., frente a los cuales RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA tiene responsabilidad como superior militar de los autores materiales.

(a) Es indudable que, para el momento en que esos delitos sucedieron, el postulado ejercía como comandante militar del Bloque, función que le fue asignada explícita y formalmente con ocasión de la reestructuración de esa organización producida a principios de 2002. Este hecho aparece comprobado no sólo a partir de las labores de georreferenciación y dilucidación de la estructura armada allegadas por la Fiscalía¹¹², sino también de la propia admisión que de tal circunstancia hizo el propio ZAPATA SIERRA en el curso del proceso¹¹³.

(b) La ocurrencia de los dos delitos no ofrece controversia, y tampoco se discute que en uno y otro intervinieron miembros del Bloque que para entonces comandaba RODRIGO ZAPATA¹¹⁴ - incluso, en el hecho del que fue víctima M.L.P.R. participó un comandante del Bloque conocido como Raúl o "La Móvil" -, conforme lo tuvo por probado el a quo y no fue objeto de inconformidad de ninguna de las partes o intervinientes.

¹¹² F. 45, informe de 22 de octubre de 2015.

¹¹³ Sesiones de 22 de enero, y 4 y 5 de noviembre de 2015.

¹¹⁴ Carpetas 212 y 145.

260

La imputación jurídica por esos dos hechos fue efectuada con base en el tipo penal de que trata el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, que define el delito de acceso carnal violento en persona protegida, así:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esas conductas punibles, tanto por sus aristas fácticas en el caso concreto como por la denominación jurídica que le otorgó el legislador, corresponde a lo que, en el artículo 8º del Estatuto de Roma, está consagrado como un crimen de guerra:

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

(...)

*e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los **conflictos armados que no sean de índole internacional**, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:*

(...)

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

Rodrigo

Los elementos estructurales de ese delito en el marco del derecho penal internacional aparecen señalados con mayor riqueza en los elementos de los crímenes – que hacen parte integrante del Estatuto -, así:

Artículo 8 2) e) vi)-1 Crimen de guerra de violación.

Elementos.

- 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.*
- 2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.*
- 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.*
- 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.*

Véase, en tal sentido, que (a) la definición de “violación” ofrecida en el numeral 1º del precepto recién transcrito coincide sustancialmente con la que del concepto de “acceso carnal” contiene el artículo 212 de la Ley 599 de 2000, según la cual «se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto»; (b) el elemento de violencia

Rafael 28

definido en el instrumento internacional es consistente con el que, en el derecho colombiano, permite calificar el acceso carnal como violento; (c) los hechos de violencia sexual imputados a ZAPATA SIERRA ocurrieron en el curso de un conflicto armado no internacional, según es ampliamente conocido y reconocido por diferentes estamentos académicos y estatales; (d) resulta imposible que los perpetradores materiales de los accesos carnales violentos, en tanto eran combatientes de una fuerza armada, desconocieran la existencia del conflicto armado.

(c) Las pruebas aportadas por la Fiscalía demuestran que ZAPATA SIERRA, además de fungir formalmente como comandante militar del Bloque, ejercía sobre sus fuerzas mando y control efectivo, de modo que contaba con la capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos.

Ciertamente, el nombrado reconoció ser el encargado de la dirección y supervisión de la organización, por lo que en él recaían las facultades de ordenar operaciones, movimientos de tropas y hostilidades, así como las de reubicar personal, desplazarlo y sancionarlo. Así lo dijo expresamente, en cuanto manifestó que para la época de los hechos ostentaba *«autoridad sobre el grupo paramilitar...(y) la cadena de mando, por encima de los comandantes o jefes militares Aldemar y Luis Eduardo Echavarría Durango»*¹¹⁵. Admitió igualmente que impartía órdenes como *«recoger el*

¹¹⁵ Audiencia de 4 de noviembre de 2015.

grupo» de ciertas áreas, e inclusive, que fue él quien dispuso «*reunir y desmovilizar»* el Bloque¹¹⁶.

Más aún, la potestad disciplinaria que tenía ZAPATA SIERRA sobre los hombres a su mando – y que ratifica el control efectivo que ostentaba sobre su conducta – queda constatado a partir del relato que ofreció, en el cual evocó un evento en que sancionó con pena de muerte a uno de sus subordinados¹¹⁷.

Esos hechos, todos admitidos por el propio postulado, ponen de presente que su condición de comandante militar del Bloque para la época de los hechos no estaba limitada a una designación simplemente formal, sino que las órdenes que impartía en ejercicio de su cargo eran efectivamente acatadas por los combatientes, al punto de poder disponer sobre la vida de ellos como consecuencia de la imposición de una sanción por las conductas que ejecutaban.

La principal constatación del control efectivo que ejercía RODRIGO ZAPATA sobre los hombres a su cargo se encuentra en que estos acataron la orden impartida por aquél en el sentido de que debían desmovilizarse, de suerte que su capacidad material de determinar las operaciones del grupo armado se extendía incluso a la de ponerle fin a su funcionamiento.

Incluso, fue acreditado que la cabeza máxima de las Autodefensas Unidas de Colombia ordenaba de manera

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Audiencias de 11 de junio y 11 de julio de 2014.

Rodrigo

directa a RODRIGO ZAPATA la realización de operaciones bélicas para la captura y control de territorios¹¹⁸ - lo cual supone, naturalmente, que aquél tenía la capacidad de impartir órdenes operativas a las tropas y asegurar su cumplimiento -, como también que el acá investigado influía en la elección de otros comandantes, como sucedió en el caso de Luis Eduardo Echavarría Durango, alias “Johantan”, quien ostentó un cargo de dirección militar al interior del Bloque por designación de Vicente Castaño, previa sugerencia de RODRIGO ALBERTO ZAPATA¹¹⁹.

Esto último ratifica que, no obstante haber permanecido principalmente por fuera del área de influencia del Bloque, el postulado estaba estrechamente vinculado con la operación de la estructura armada, y por virtud del cargo que desempeñaba al interior de la misma contaba con la capacidad material de disponer sobre su organización, las operaciones y el comportamiento de las tropas.

(d) Que ZAPATA SIERRA no tomó medidas para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de acceso carnal violento que le fueron imputados es algo que no es controvertido, y que aquél reconoció abiertamente en el curso del proceso. Reconoció que confió en alias “Jonathan”, un subordinado suyo, para que vigilara a las tropas, como también que no realizó ningún acto positivo para evitar la ocurrencia de conductas de esa naturaleza, al

¹¹⁸ Versión libre de 12 de abril de 2011.

¹¹⁹ F. 46, informe de 22 de octubre de 2015.

Rodrigo

punto que afirmó que *«(le) faltó tener más control de esos grupos»*¹²⁰.

(e) El Tribunal tuvo por demostrados todos los elementos de la responsabilidad del superior atrás referidos, pero concluyó que el comportamiento omisivo de RODRIGO ALBERTO ZAPATA fue negligente, no doloso, y, como *«el delito de acceso carnal violento en persona protegida no consagra la modalidad culposa, ni puede sancionarse a título de culpa»*¹²¹, no es posible atribuirle responsabilidad por los hechos imputados.

La Sala estima, en contrario, que en la actuación obra información permisiva de colegir razonablemente que el postulado estaba al tanto de la recurrente ocurrencia de casos de violencia sexual cometidos por miembros del Bloque que comandaba y que, a pesar de ello, resolvió abstenerse de tomar medidas para prevenirlos o reprimirlos, de suerte que su comportamiento cae en el ámbito del dolo.

Dígase, en primer lugar, que si bien a ZAPATA SIERRA sólo le fueron imputados cuatro delitos sexuales (porque sólo esos confesó “por línea de mando”), la Fiscalía, en el curso del proceso, presentó un total de 30 casos atribuibles al Bloque Pacífico – Héroe del Chocó, y fue a partir de ese grupo de hechos que, en el caso concreto, el ente acusador elaboró los patrones de macrocriminalidad que fueron objeto de análisis en el fallo de primer grado. En ese orden, aun cuando la posible responsabilidad penal del postulado

¹²⁰ Versiones de 11 de junio de 2014 y 10 de mayo de 2016.

¹²¹ F. 539.

está circunscrita únicamente a los hechos por los que se le formuló imputación, todo el universo fáctico subyacente al patrón de violencia sexual es susceptible de apreciación a efectos de establecer, inferencial o evidenciarmente, el elemento subjetivo del comportamiento omisivo atribuido a ZAPATA SIERRA.

Dicho lo anterior, y de acuerdo con el patrón de macrocriminalidad develado en este asunto acogido por el Tribunal, se tiene que (a) varias de las víctimas dijeron haber reportado a los comandantes del Bloque los hechos de violencia sexual que padecieron¹²²; (b) algunos hechos tuvieron ocurrencia en campamentos de las Autodefensas¹²³; (c) varios casos de violencia sexual fueron ejecutados por comandantes de la organización armada (como sucedió incluso con uno de los imputados a ZAPATA SIERRA), al punto que los superiores ordenaban a sus subalternos sustraer a las víctimas de sus residencias para llevarlas a «donde el patrón»¹²⁴; (d) algunos de los hechos sucedieron de manera pública, en presencia de un número significativo de miembros del grupo armado, como lo relataron A.D.M.M., P.V.M. y L.P.P., quienes dieron cuenta de agresiones sexuales sucedidas frente a centenares de combatientes, y; (e) no se trató de conductas aisladas en el tiempo, sino recurrentes y prolongadas, que ocurrieron reiteradamente entre los años 1997 y 2004¹²⁵.

¹²² Entrevista de A.D.M.M., contenida en informe de Policía Judicial de 26 de enero de 2016.

¹²³ Entrevista de S.M.B, ibídem.

¹²⁴ Entrevistas de E.Y.R.V. y F.M.H., contenidas en informe de Policía Judicial de 7 de marzo de 2016.

¹²⁵ F. 518.

Rodrigo

274

Precisamente por lo anterior, el fallo de primera instancia tuvo por demostrado que *«la violencia sexual contra las mujeres no sólo era cometida por patrulleros u hombres de bajo rango, ni a cubierto o a espaldas de sus comandantes, sino también por éstos o con su conocimiento y aprobación o beneplácito, expreso o tácito»*¹²⁶.

De lo anterior se deduce razonablemente que RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, en condición de comandante militar del Bloque, necesariamente debía estar enterado de las frecuentes agresiones sexuales infligidas por hombres bajo su mando a las pobladoras de las regiones que controlaba; así lo indican la naturaleza masiva del fenómeno, su repetitividad en el tiempo, las condiciones modales y espaciales en que las violaciones ocurrían, la utilización de instalaciones paramilitares para su ejecución, la intervención de cabecillas de la organización en su comisión y las quejas presentadas ante estos por las ofendidas, además de haber aceptado la responsabilidad por tales conductas.

Esas circunstancias enervan la credibilidad de lo dicho por el postulado en el sentido de que nunca se enteró de estos hechos, y ponen de presente la imposibilidad de que, tratándose de quien ejercía control efectivo sobre las fuerzas, ignorase los delitos sexuales cometidos por estas.

Naturalmente, que ZAPATA SIERRA conociera la reiterada ocurrencia de casos de violencia sexual cometidos por las fuerzas a su mando, no necesariamente indica de

¹²⁶ F. 512.

Rodrigo
134

291

manera directa que estuviese enterado de que los dos casos acá examinados – los que padecieron C.A.G.A. y M.L.P.R. – estuviesen por suceder o sucediendo; pero ello sí acredita los elementos del dolo eventual subyacente a su comportamiento omisivo, pues estando al tanto – como necesariamente debía estarlo – de que desde el año 1997 venían cometándose delitos de esta naturaleza por los combatientes y comandantes del Bloque, es evidente que, al no haber tomado medidas para detener esas conductas, dejó librada al azar la ocurrencia de los dos casos concretos ahora examinados, sucedidos a finales del año 2004.

(f) Finalmente, la Sala estima evidente que, de haber obrado activamente mediante la toma de medidas razonables para prevenir los casos de violencia sexual, ZAPATA SIERRA hubiese podido evitar – o cuando menos disminuir el riesgo de su comisión – los delitos de los que fueron víctimas C.A.G.A. y M.L.P.R. Esa conclusión se desprende no sólo de la verificación de que las órdenes que aquél impartía eran efectivamente acatadas por sus subalternos, sino también de que esas dos conductas punibles sucedieron en el año 2004, es decir, cuando ya durante varios años se venían produciendo agresiones sexuales contra las pobladoras de la región, y aproximadamente tres años después de que el postulado asumiera como comandante militar del grupo.

Ello revela que la adopción de medidas preventivas y represivas a cargo de ZAPATA SIERRA habría podido prevenir estos delitos o reducir significativamente la probabilidad de su ocurrencia, pues para entonces habría

276

podido construir una cultura de respeto por el derecho internacional humanitario entre la tropa, o haber sancionado o removido de la estructura a quienes previamente se habían visto involucrados en casos de violencia sexual.

2.2.3.6.3 Así las cosas, satisfechos los elementos estructurales de la responsabilidad del jefe militar por omisión previstos en el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, la Sala legalizará los cargos de acceso carnal violento en persona protegida elevados contra RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, respecto de los hechos cometidos en perjuicio de C.A.G.A. y M.L.P.R. (hechos 145 y 212), de acuerdo con el artículo 138 del Código Penal, y lo condenará por los mismos a título de jefe militar, en concurso homogéneo.

2.2.3.6.4 La anterior determinación impone a la Sala examinar la pena impuesta a ZAPATA SIERRA – de cuarenta años de prisión, que era la máxima permitida por la Ley vigente al momento de los hechos –, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Esa norma dispone:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

Rodrigo

Para dosificar la sanción, el a quo tuvo como delito base el de homicidio agravado en persona protegida, que para la fecha de los delitos estaba reprimido con pena privativa de la libertad de 30 a 40 años, multa de 2000 a 5000 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 15 a 20 años.

A partir de ese marco punitivo, y considerando que en ZAPATA SIERRA concurren circunstancias de menor y mayor punibilidad, entendió que la pena debía cifrarse en los cuartos medios de punibilidad y, dentro de estos, estimó apropiado fijarla en 420 meses de prisión, es decir, en el límite máximo del segundo cuarto¹²⁷.

Por su parte, el delito de acceso carnal violento en persona protegida, definido en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, estaba reprimido con pena 10 a 18 meses de prisión y multa de 500 a 1000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. El quantum de la sanción por este delito, aun siguiendo los parámetros implementados por el Tribunal, es decir, incluso fijándola en el límite superior del segundo cuarto de movilidad punitiva, correspondería a 168 meses de prisión.

Así, como es evidente que el homicidio agravado en persona protegida permanece como el delito más grave a pesar de la condena irrogada por el de acceso carnal violento en persona protegida, no resulta necesario redosificar la pena en su integridad, sino únicamente realizar los

¹²⁷ Fs. 1673 y ss.

incrementos previstos en el artículo 31 precitado por razón del concurso de conductas punibles.

Pues bien, el a quo partió de la pena señalada para el delito más grave – 420 meses de prisión – y la incrementó así¹²⁸: (i) 10 meses por cada uno de los sesenta y siete homicidios en persona protegida cometidos con circunstancias de mayor y menor punibilidad; (ii) 9 meses por un homicidio en persona protegida cometido con circunstancias de menor punibilidad; (iii) 9 meses por cada uno de los 102 homicidios en persona protegida sancionados con base en la pena prevista en los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000; (iv) 18 meses por dos casos de homicidio agravado; (v) 8 meses por cada uno de los 51 delitos de desaparición forzada sancionados por la Ley 599 de 2000, y 18 meses por dos delitos de idéntica naturaleza, pero regidos por la Ley 589 de 2000; (vi) por cada uno de los 478 delitos de deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil cometidos con circunstancias de mayor y menor punibilidad, 4 meses; (vii) por cada uno de 42 casos del mismo delito perpetrados con circunstancias de menor punibilidad, 3 meses; (viii) 3 meses por cada uno de 14 casos de detención ilegal y privación al debido proceso con la pena consagrada para el secuestro simple; (ix) por cada uno 6 delitos de detención ilegal y privación al debido proceso, 4 meses; (x) en cuanto a tres secuestros, 12 meses en total; (xi) por 5 casos de tortura en persona protegida sancionados por la Ley 100 de 1980, 10 meses en total; (xii) por un delito de tortura en prsona protegida cometido en

¹²⁸ Fs. 1675 y ss.

Rodrigo

279

vigencia de la Ley 599 de 2000, 4 meses; (xiii) por dos tentativas de homicidio en persona protegida, 12 meses; (xiv) por cuatro tentativas de homicidio en persona protegida regidas por la pena prevista para el homicidio agravado tentado, 20 meses; (xv) por un caso de hurto calificado agravado perpetrado en circunstancias de menor punibilidad, 1 mes; (xvi) por un ilícito de hurto calificado agravado cometido con circunstancias de menor y mayor punibilidad, 2 meses; (xvii) un mes, por el delito de utilización ilegal de uniformes e insignias; (xviii) 4 meses por dos casos de destrucción y apropiación de bienes protegidos; (xix) por dos casos de reclutamiento ilícito, 4 meses, y; (xx) 4 meses, por otro caso de hurto calificado agravado.

A partir de lo anterior, el Tribunal afirmó que la pena jurídicamente acumulada imponible a RODRIGO ZAPATA SIERRA corresponde a 4206 meses de prisión, que sin embargo limitó a 40 años de privación de la libertad por cuanto ésta no puede exceder tal monto.

En relación con la multa, y en atención al artículo 39 de la Ley 599 de 2000, realizó la sumatoria aritmética de todas las que le son imponibles al postulado – para un total de 1.136.925 salarios mínimos -, cifra que restringió a 50.000 salarios mínimos por virtud del límite previsto en esa disposición para la pena pecuniaria.

Finalmente, impuso a ZAPATA SIERRA la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término máximo permitido en la Ley - 20

Rodrigo
139

años -, que corresponde a la prevista para el delito más grave (el de homicidio en persona protegida), incrementada en 80 meses por el concurso con las conductas de homicidio, tortura, desaparición forzada y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento de población civil.

Pues bien, en atención a los criterios previstos en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, y atendiendo especialmente a la intensidad del dolo (pues el postulado obró con dolo eventual y no directo), y la gravedad de las conductas punibles objeto de condena (en tanto constituyeron una afectación grave de la libertad sexual de las víctimas, ocurridas en un contexto masivo de violación de los derechos humanos y de la dignidad de las ofendidas), la Sala incrementará la pena impuesta a ZAPATA SIERRA en 6 meses por cada uno de los accesos carnales violentos en persona protegida, para una pena privativa de la libertad total de 4218 meses de prisión, que sin embargo quedará limitada a 480 meses, o lo que es igual, 40 años, por virtud del límite previsto en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

En relación con la pena de multa, la Sala sumará a la de 1.136.925 salarios mínimos mensuales un total de 1000 salarios mínimos - 500 en cada caso, que corresponde a la mínima imponible -, para un total de 1.137.925 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual, con apego a la restricción señalada en los numerales 1° y 4° del artículo 39 del Código Penal, quedará cifrada en 50.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Rojas

Como el delito de acceso carnal violento en persona protegida no comporta pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, nada se hace necesario considerar respecto de esa sanción.

Resta agregar que la condena impartida a RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA no conlleva la modificación de la pena alternativa de 8 años fijada por el a quo, que, por corresponder a la máxima fijada en la Ley 975 de 2005, se mantendrá en idéntica cuantía, como también que no resulta necesario examinar la posible prescripción de la acción penal respecto de los delitos de acceso carnal violento en persona protegida, como que, según lo tiene discernido la Sala, en el régimen de justicia transicional previsto en la Ley 975 de 2005 la aceptación de los cargos por parte del postulado conlleva la renuncia tácita de ese fenómeno extintivo de la potestad punitiva del Estado¹²⁹.

2.3 El daño a la víctima y resarcimiento de perjuicios.

2.3.1 Víctima.

La premisa transcendental de la ley de Justicia y Paz es conseguir un equilibrio entre una desmovilización efectiva de los grupos armados y garantizar por otra parte, los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral¹³⁰.

¹²⁹ Entre otras, CSJ SP, 6 dic. 2012, rad. 37048.

¹³⁰ Artículo 4° de la Ley 1592 de 2012.

Rodrigo

Acorde con el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 2° de la Ley 1592 de 2012, víctima es quien individual o colectivamente ha «*sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales*», como consecuencia de las acciones delictivas perpetradas por los miembros de los GAOML.

A su vez, el inciso segundo de la citada norma, establece que si la persona afectada es el cónyuge, compañero o compañera permanente o familiar en primer grado de consanguinidad de la víctima directa de los delitos de homicidio o desaparición forzada, esto es, padres o hijos, se presume la afectación moral y, por ello, con la prueba del parentesco puede acreditarse la calidad de víctima y el daño inmaterial, dada la presunción legal establecida a su favor.

Lo anterior, no conduce a concluir que los demás miembros de la familia sean excluidos como potenciales víctimas, pues se indica que tal condición se adquiere por el simple hecho de padecer un daño, como consecuencia del accionar de tales organizaciones¹³¹.

Ahora, en lo atinente a la representación judicial, los artículos 23 y 24 de la Ley 975 de 2005, establecen que se puede ejercer en forma directa, a través de defensor de

¹³¹ artículo 5° de la Ley 975 de 2005: “también serán víctimas los demás familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”.

Rodrigo
142

confianza o de defensor público, e incluso, por medio de colectivos de abogados que tengan esa misión¹³² y en el caso de los menores de edad, tal representación se suple por intermedio de sus progenitores o representantes legales, según lo dispuesto en el artículo 306 del Código Civil y el artículo 54 del Código General del Proceso.

Desde luego, la legislación brinda la oportunidad a la víctima de participar en todas las etapas del proceso de justicia y paz, de conformidad con lo establecido en la Ley 1448 de 2011¹³³, resaltando que, es el incidente de reparación integral, el escenario ideal para que el perjudicado con el accionar del GAOML, presente de manera concreta la forma de reparación que pretende e indique las pruebas en que fundamenta sus pretensiones¹³⁴.

2.3.2 Daño y principio de flexibilidad probatoria aplicable a los procesos de justicia transicional.

El daño o perjuicio es el fundamento de la responsabilidad civil en el entendido que, una vez generado, surge en cabeza de la víctima el derecho a ser resarcido por quien lo ocasionó. En esa línea, la Sala de Casación Civil de esta Corporación lo ha definido como *«todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva (...)*»¹³⁵.

¹³² CSJ SP5831 de 2016.

¹³³ Ley de víctimas.

¹³⁴ Cfr. SP 17091-2015 y SP 13669-2015.

¹³⁵ CSJ SC 1 nov 2013, Rad. 1994- 26630-01, SC10297-2014.

Rodrigo
143

De igual forma, la normatividad ha establecido diversas clases de daño, entre los que se cuenta el daño material y moral, contenido en los artículos 94 y 97 del Código Penal, lo que se determina y liquida por el juez con sujeción a la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, siempre y cuando se acrediten en debida forma.

Por su parte, el Código Civil¹³⁶ define el **perjuicio material**, como aquel menoscabo a la persona en su patrimonio material o económico consecuencia del daño antijurídico real y concreto que se generó, que se divide en: (i) **daño emergente**-pérdidas sufridas y (ii) **lucro cesante**-ganancias dejadas de percibir, en todo caso, cualquier tipo de daño debe ser probado por quien lo requiera, resaltando que el juramento estimatorio y las declaraciones juramentadas no son prueba del daño sino un “*estimativo de su cuantía*”, por lo tanto, para acreditar este tipo de perjuicio debe acompañarse la respectiva prueba, así sea sumaria, tal como ha sido considerado por la Sala ¹³⁷:

(b) También es importante acudir al instituto del juramento estimatorio reglado en la normativa procesal civil, en aplicación del principio de integración establecido en el estatuto procesal, en concordancia con la norma que sobre complementariedad contiene el artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

En efecto, en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, se dispone:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición

¹³⁶ Artículo 1614.

¹³⁷ CSJ SP 24 Abr. 2011, rad. 34547, reiterada entre otras, en CSJ SP16575-2016, Rad. 47616, SP16575-2016, SP1796-2018.

correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión....

(...) No sobra indicar que la valoración del juramento estimativo debe sujetarse a las reglas de apreciación del mismo, en virtud de las cuales, no basta con las afirmaciones del demandante, pues es menester de una parte, que las sumas se encuentren señaladas de manera razonada, y de otra, que de conformidad con la sustancialidad de las formas debe mediar un principio de acreditación, siquiera precario, de cuanto se expresa en él, sin olvidar, que corresponde en el trámite de la Ley de Justicia y Paz al postulado pronunciarse al respecto y formular las objeciones u observaciones a que haya lugar, o por el contrario, asumir una actitud pasiva, denotando con ello que se allana al pedimento en tales condiciones presentado.

De otro lado, tenemos el **daño moral o no patrimonial**, el que se identifica con la esfera afectiva de la persona, como un perjuicio que genera cierto desequilibrio en sus emociones (tristeza, congoja, dolor, etc...).

En lo concerniente al delito de homicidio en persona protegida, respecto de los parientes en primer grado de consanguinidad o civil, y del cónyuge, compañero o compañera permanente de la víctima directa, se presenta una presunción de legalidad del daño moral, y en circunstancias distintas, deberá probarse¹³⁸.

En los procesos de justicia y paz, en relación al daño moral se ha dado aplicación a los siguientes montos¹³⁹:

¹³⁸ CSJ SP, 6 jun. 2012, rad. 35637 y SP 8291, 7 jun. 2017, rad. 50215; CC C-052 de 2012.
¹³⁹ CSJ SP 27 abr. 2011, rad. 34547; CSJ SP12969-2015 y CSJ SP2045-2017, entre otras.

105

	Homicidio	Desplazamiento forzado	Secuestro o Detención Ilegal
1er grado (padres, hijos, esposa(o) o compañera(o))	100 SMLMV	50 SMLMV para cada víctima directa sin superar 224 SMLMV por grupo familiar	30 SMLMV para la víctima directa.
2º grado (Abuelos, hermanos, nietos)	50 SMLMV		

Por lo tanto, estos criterios se tendrán en cuenta al momento de resolver las apelaciones, en relación a la tasación del perjuicio moral de las víctimas indirectas de los punibles descritos.

De igual forma, se precisa que el perjuicio o daño moral contiene subespecies con su propia fisonomía y peculiaridad, que las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque pueden confluir en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo y hacen relación a: el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales¹⁴⁰.

Con respecto al **daño a la vida en relación** se ha considerado:

¹⁴⁰Reconocido por la Sala Civil en Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009.

Rodrigo

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar¹⁴¹.

Como se observa, existe una diferencia entre el daño moral y el daño a la vida en relación, en cuanto el primero corresponde a la órbita íntima del individuo, mientras que el daño a la vida en relación, afecta la esfera exterior a causa de una lesión a los bienes de la personalidad, lo que la Corte denominó «*actividad social no patrimonial*».

El **daño a la salud** por su parte, se orienta a «*resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo*»¹⁴².

Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que se trataba de una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de «*daño a la vida en relación*» y

¹⁴¹ CSJ 13 may 2008 1997-09327-01.

¹⁴² *Ibíd.*

Rodrigo

comprensiva de diversos aspectos, sin embargo, esa misma Corporación evidenció que la aplicación de esta teoría generaba desigualdad al momento de tasar una indemnización, por lo tanto, el daño a la vida en relación debe abordarse como daño a la salud, así lo señaló:

...un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud¹⁴³(subraya la Sala).

Por lo anterior, el concepto de daño a la salud unifica el daño corporal y las consecuencias que el mismo produce, tanto a nivel interno- alteración a las condiciones de existencia, como externo o relacional- daño a la vida de relación y permite determinar el perjuicio padecido «a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad»¹⁴⁴.

En lo relativo a la acreditación probatoria del daño a la salud, se entiende como una carga atribuible a quien la reclama, correspondiéndole, en concreto, la obligación de probar la configuración del daño y el consecuente perjuicio padecido¹⁴⁵.

Por lo anterior, la tasación del daño a la salud se realiza acorde con su gravedad. Sobre el particular, se

¹⁴³ CE, 14 sept. 2011, rad. 19031; CE, 14 sept. 2011, rad. 38222.

¹⁴⁴ CE, sentencia 28/08/14, rad. 25000-23-26-000-2000-00340-01).

¹⁴⁵ Cfr. CSJ SP 27 abr, 2011. rad. 34547 y SP8854-2016.

Rodrigo

28/9

siguen los criterios fijados por el Consejo de Estado¹⁴⁶, Tribunal que determinó las siguientes equivalencias¹⁴⁷:

Gravedad de la lesión	Indemnización
Igual o superior al 50%	100 smmlv
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 smmlv
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 smmlv
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 smmlv
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 smmlv
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 smmlv

Así las cosas, a efectos de resolver las inconformidades planteadas por los recurrentes se aplicarán los criterios ya enunciados, entre los que se cuentan: demostración del daño material y moral, el daño a la salud, la representación judicial y la obligatoriedad de valorar la documentación existente en las respectivas carpetas.

Finalmente, se tiene el **daño inmaterial por afectación de derechos contitucionales**, el que se advierte como todo perjuicio que no esté comprendido dentro del concepto de «*daño corporal o afectación a la integridad psicofísica*», y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales, como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o

¹⁴⁶ Sentencias de unificación de 27/08/14, radicado 31170 y 28/08/14, rad. 25000 23-26-000-2000-00340-01(28832).

¹⁴⁷ SP14206-2016.

Rodrigo

autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento¹⁴⁸.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha establecido sus características, así:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

Su reparación entonces propende, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas :

(i) Restablecer el derecho, es decir lograr desaparecer la causa que lo originó;

(ii) Reconocer a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos;

(iii) Reparar principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, empero, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá ser

Rodrigo

792

motivado y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado;

(iv) Debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo¹⁴⁹.

De acuerdo con lo precedente y atendiendo a los escritos de apelaciones de los representantes de víctimas, se avizora la existencia de diversos tipos de daños, en ocasión a la implantación de los actores del conflicto armado, en zonas del país con un alto grado de vulnerabilidad, lo que genera *per se* la reparación integral, siempre y cuando la persona afectada o su apoderado demuestre tal condición.

Por supuesto, en los procesos de justicia transicional si bien procede un menor rigor probatorio de las peticiones que promuevan los sujetos pasivos del hecho punible-principio de flexibilidad probatoria, ello no puede equipararse a la ausencia de prueba, pues se insiste el daño que se pretende sea reconocido y resarcido debe estar acreditado con suficiencia.

Así lo ha considerado la Sala: *«[si] bien la justicia transicional ha flexibilizado los estándares probatorios aplicados a las peticiones resarcitorias permitiendo la verificación del daño a partir de hechos notorios, modelos baremos, presunciones y reglas de la experiencia, no ha*

¹⁴⁹ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, reiterada en la sentencia de Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2014, radicado 32988.

Rodriguez

793

*eliminado la necesidad de demostrar la condición de víctima y el menoscabo padecido con el accionar criminal*¹⁵⁰.

Desde tal perspectiva, la Corte procederá a resolver los requerimientos hechos por las víctimas indirectas a través de sus representantes, teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales al respecto y en consecuencia, de ser necesario se liquidarán los valores tasados por la primera instancia según corresponda.

2.3.3 Tasación de perjuicios.

En aras de la claridad, la Sala señalará los puntos de disenso y enseguida consignará su decisión.

2.3.3.1 Impugnación del abogado Luis Ramiro González Roldán.

2.3.3.1.1 Frente a los hechos No. 1, 139, 141 y 263 manifestó que, pese a que fue solicitado el reconocimiento de perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales, debido a que las medidas de satisfacción no fueron suficientes para la reparación del daño, tal requerimiento no fue considerado por el Tribunal, lo que vulnera el principio de acceso a la administración de justicia.

Solicitó, además, que se reconozca de manera oficiosa la indemnización pecuniaria, por afectación relevante a

¹⁵⁰ CSJ SP16575-2016.

Ramiro

797

bienes o intereses constitucionales o convencionalmente amparados en los casos de desaparición forzada, en un monto hasta de 100 SMLMV, para cada una de las víctimas indirectas.

2.3.3.1.2 Requirió la liquidación por los daños a la salud respecto de los hechos No. 1, 11, 34, 93, 229, 18, 45, 47, 78, 80, 139, 141, 263, 171, perjuicio que fue probado a través de declaraciones extraproceso de terceros, quienes dan cuenta de la afectación en el proyecto de vida y el entorno de las víctimas y, frente a los hechos relacionados con desaparición forzada, se allegó prueba documental que lo corrobora.

Específicamente en los casos de Saja Johanna Kaim Muñoz y Jesús Enor Mosquera Mosquera, discrepó del reconocimiento de los daños a la salud a las víctimas indirectas e indicó:

A Saja Johanna Kaim Muñoz se le reconoció la suma de veinte (20) smlmv a favor de cada uno de sus progenitores y se obvió la existencia de elementos materiales probatorios que dan cuenta de que, como consecuencia del hecho dañoso, el padre de la víctima estuvo exiliado durante cuatro (4) años y su progenitora recibe tratamiento psicológico y psiquiátrico.

De igual forma, sucedió con Jesús Enor Mosquera, a quien se le reconoció la suma de veinte (20) smlmv por daños a la salud a favor de los padres, monto que en consideración al daño causado resulta irrisorio, aunado al

Rodrigo

295

hecho que no se le reconocieron tales perjuicios a los demás integrantes del núcleo familiar, su compañera permanente María Dionis Mosquera, quien muestra un duelo prolongado que le impide realizar sus proyectos personales, mientras que la progenitora de la víctima padece un duelo patológico.

2.3.3.1.4 No compartió la tasación realizada por la primera instancia sobre los perjuicios morales para las víctimas indirectas (hijos) de Arcadio Caro Bolivar (Hecho No.1), esto es, 100 SMLMV y 50 SMLMV para sus hermanos, pues a su entender, se desconoce la atrocidad del crimen perpetrado.

Respecto de la decisión del *a quo* en no reconocer como víctima a Martha Cecilia Caro, quien no convivía con el fallecido según se dijo en el incidente de reparación integral, se corroboró a través de declaración extraprocesal de Olga Lucia Caro (hija de la víctima) que para la fecha de la muerte de la víctima directa, sus padres convivían y éste respondía económicamente por ellos, aspecto que no fue tenido en cuenta en el fallo impugnado.

Señaló que, en los casos de desaparición forzada, los perjuicios morales no corresponden con la magnitud del daño causado.

2.3.3.1.5 No se condenó al pago de perjuicios materiales por lucro cesante a pesar de contar con elementos materiales probatorios para su reconocimiento, ello en lo que tiene que ver con los hechos No. 18, 34, 47,

Rojas

80 y 93, dado que la Magistratura no contó con la presunción de dependencia económica, pues esta admite prueba en contrario.

Alegó el recurrente que la Sala no reconoció los perjuicios materiales por lucro cesante a María Adelina Mosquera Benítez, en calidad de compañera permanente de Luis Elidiel Mosquera Mosquera, de quien obra prueba de su trabajo como «barequera», labor por la que percibía ingresos mensuales, razón por la cual el *a quo* debió liquidar los perjuicios con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

2.3.3.1.6 Consideró que, en los casos de desplazamiento forzado no se reconocieron las cifras jurisprudencialmente señaladas por el Consejo de Estado, pues estas fueron inferiores a 50 SMLMV.

2.3.3.1.7 No se repararon los perjuicios a las víctimas indirectas por los homicidios de José Gregorio Murillo Moreno y Eisler Murillo Barahona, quienes fueron reclutados al grupo ilegal en contra de su voluntad.

Lo mismo ocurrió, con el homicidio de Walter Salas Rentería con el fundamento de su pertenencia al Bloque Pacífico-Héroes del Chocó, lo que produjo una revictimización de sus familiares, quienes no contribuyeron a que ingresara a las filas del grupo armado ilegal.

Acorde con los planteamientos del recurrente, los temas de controversia, se contraen a lo siguiente:

Rafael

No. hecho	Victima Directa Homicidios	Aspectos de la impugnación
1	Arcadio Caro Bolivar	a.Reconocimiento de perjuicios por violación de bienes constitucionales. b. Daños a la salud. c. Perjuicios morales a favor de Martha Caro y Olga Lucía Caro.
11	Cervante Moreno Cordoba	Daños a la salud.
34	Ismael Enrique Becerra Barrera	a. Daños a la salud. b. Perjuicios materiales por lucro cesante.
93	José del Tránsito Pino Salas	a. Daños a la salud. b. Perjuicios materiales por lucro cesante.
18	Everto Perea Córdoba	a. Daños a la salud. b. Perjuicios materiales por lucro cesante.
45	Marcelino Moreno Rentería	Daños a la salud.
47	Luis Gabriel Mena Padilla	a. Daños a la salud. b. Perjuicios materiales por lucro cesante.
78	Jesús Ramos Córdoba	Daños a la salud.
80	Dagoberto Vivas Palacios	a. Daños a la salud. b. Perjuicios materiales por lucro cesante.

No. hecho	Victima directa Reclutamiento ilícito	Aspectos de la impugnación
139, 141, 263	Menores F.A.P.F., Y.C.P.S. y D.V.V.	a.Reconocimiento de perjuicios por violación de bienes constitucionales. b. Daños a la salud.

No. hecho	Victima directa Desplazamiento forzado	Aspectos de la impugnación
229	Martha Sofia Córdoba Mosquera y sus hijas.	Daños a la salud.
171	Maria Aydeli Sánchez y su nieto.	Daños a la salud.

No. hecho	Victima directa Desaparición Forzada	Aspectos de la impugnación
111 114	Leonidas Benitez Bautista Edith Fredy Gallego Argel	a.Reconocimiento de perjuicios por violación de bienes constitucionales

Rafael

117	José Armando Perea	oficiosamente.
116	Saja Johanna Kaim Muñoz	b. Daños a la salud.
132	Jesús Enor Mosquera	c. perjuicios morales insuficientes.
123	Juan José Garzón Mejía	
126	Luis Elidiel Mosquera Mosquera	a. Reconocimiento de perjuicios por violación de bienes constitucionales oficiosamente. b. Daños a la salud. c. perjuicios morales insuficientes. d. perjuicios materiales por lucro cesante

No. hecho	Víctima directa Homicidio (pertenientes al GAOML)	Aspectos de la impugnación
91	José Gregorio Murillo Moreno Eisller Murillo Barahona	Reconocimiento de perjuicios.
118	Walter Salas Rentería	Reconocimiento de perjuicios.

Consideraciones

- **Reconocimiento de perjuicios por violación a bienes constitucionales, en relación con los hechos No. 1, 139, 141 y 263.**

Tiene dicho la Sala que, la falta de pronunciamiento en primera instancia sobre determinada pretensión, es un defecto insubsanable por el ad quem, por cuanto ello viola el principio de la doble instancia y estructura una irregularidad sustancial al afectar garantías de las víctimas, como la reparación integral y el acceso efectivo a la administración de justicia.

Conforme con lo anterior, habrá de decretarse la **nulidad parcial** de la sentencia con el objeto de que la Sala

158
Rodrigo Alberto Zapata Sierra

de Justicia y Paz se pronuncie sobre la petición de indemnización por perjuicios, debido a la violación de bienes o intereses constitucionales solicitada efectivamente por el abogado en los hechos: 1¹⁵¹, 139, 141 y 263¹⁵².

Seguidamente, se procederá a resolver los demás temas caso por caso, así :

Hecho No. 1. Arcadio Caro Bolivar – homicidio.

Frente al daño a la salud, en caso de presentarse, debe ser demostrado por quien demanda el reconocimiento de indemnización, en cuanto no se presume su configuración¹⁵³.

En este caso, tal como lo afirmó el *a quo*, ningún elemento demostrativo se allegó para acreditar este daño, pues la declaración que cita el impugnante como corroborativa del mismo solo alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produjo la muerte de Arcadio Caro Bolivar, esto es, que sus hijos y hermanos laboraran en diferentes actividades en pro de subsistir, por lo que la Sala confirmará la decisión tomada.

Por otra parte, frente a los perjuicios morales en favor de la cónyuge Martha Cecilia Caro, verifica la Sala que su hija Olga Lucía Caro Caro se hizo presente en la audiencia

¹⁵¹ Registro de audio 14:16, audiencia de I.R.I. llevada a cabo el 23 de junio de 2016

¹⁵² Registro de audio 1:18:29 y sgte, audiencia de I.R.I.. celebrada el 11 de agosto de 2016.

¹⁵³ Cfr. CSJ SP 374-2018, Rad. 49170

Rodrigo

realizada el 24 de junio de 2016, en la ciudad de Quibdó,
Chocó y explicó:

La separación de mi mamá y de mi papá fue porque mi papá la maltrababa físicamente... por eso se divorciaron, ellos se separan y nos vinimos para el Bolívar y mi papá siguió respondiendo por nosotras por que él sabia que había sido el del error, luego mi mamá se volvió a vivir con él y ahí fue donde nació mi hermanita, vivieron por 2 años, ya después él mantuvo una vida paralela ... por eso, definitivamente ya era imposible convivir con mi papá... cuando él falleció, él estaba sólo, ninguna de las hijas estábamos con él, ni los hermanos, ni mi mamá, él estaba sólo, pero mi mamá y mi papá jamás se divorciaron¹⁵⁴.

Es claro entonces que a la fecha del deceso de Arcadio Caro Bolivar no convivía con nadie, sin embargo, el proceso de divorcio no se inició, encontrándose vigente la sociedad conyugal con quien solicita hoy perjuicios morales.

Al respecto, se tiene que la reparación del perjuicio moral en caso de muerte, se ha diseñado en relación a los niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, encontrándose en el nivel 1 las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar, es decir, familiares en 1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes, a quienes le corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

En el asunto, difiere esta Sala de la conclusión trazada por la primera instancia, debido a que si bien es cierto Arcadio Caro Bolivar se encontraba solo el día de su muerte, subsistía para ese entonces su estado civil de

¹⁵⁴ Registro de audio 56:00, audiencia de incidente de reparación integral de 24 de junio de 2016.

Rodrigo

casado con Martha Cecilia Caro, quien allegó la respectiva prueba¹⁵⁵.

Por ende, por presunción legal y vista la afectación por la muerte de Caro Bolívar, Martha Cecilia Caro debe ser indemnizada en monto de 100 SMLMV por daño moral causado, tal como la jurisprudencia lo ha señalado para este tipo de punibles.

Ahora, en cuanto a los perjuicios morales de Olga Lucia Caro (hija), esta Sala se atiene a lo considerado por la primera instancia, que le otorgó el valor de 50 SMLMV, atendiendo la gravedad del hecho y el daño sufrido a las víctimas indirectas, pues este se encuentra debidamente ponderado y se ajusta a los criterios planteados por el Consejo de Estado, morigerado de acuerdo a la extensión de cada grupo familiar.

Hecho No. 11- Cervante Moreno Córdoba.

Según afirma el apelante, el daño a la salud se evidencia a través de declaración extraproceso, en la que se indica: *«Como la familia dependía del señor Cervantes, empezaron a pasar grandes y fuertes momentos de escasez. A la señora Irene le tocó vender masa para hacer arepas, palitos, vendió bolis, tintos, mazamorra, jugos, helados y así pudo sostener a su familia»*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Registro civil de matrimonio, carpeta hecho No. 1, folio 20.

¹⁵⁶ Folio 17 carpeta hecho No 11, declaración extraproceso de Henry Bejarano Urrutia y Graciela Urrutia Olivo.

Rojas
161

302

No obstante, para la Corte estas actividades tal como fue advertido en el hecho anterior, se circunscriben a la modificación de costumbres y hábitos de las personas que padecen pérdidas, sin embargo, no se evidencia una lesión que comprometa el estado de bienestar integral de la víctima indirecta, como tampoco se acreditó algún daño en ese sentido.

Con respecto al daño a la salud, se reitera que éste debe acreditarse probatoriamente en la actuación, para proceder a la indemnización del perjuicio una vez configurado, empero, se advierte en los hechos No. **34**¹⁵⁷, **93**¹⁵⁸, **229**¹⁵⁹, **18**¹⁶⁰, **45**¹⁶¹, **47**¹⁶², **78**¹⁶³, **80**¹⁶⁴, **139**, **141**, **263**¹⁶⁵ y **171**¹⁶⁶ que solo precisan declaraciones juramentadas de la situación fáctica y de posibles afectaciones, lo que resulta insuficiente para acreditar que, en efecto, ocurrió el perjuicio a la salud y establecer de esta forma su cuantía. De allí que se confirmará la negativa reprochada.

Por otra parte, a propósito del delito de desaparición forzada, la Sala ha dispuesto que el daño debe presumirse para los progenitores de la víctima directa, al producirse en

¹⁵⁷ Ismael Enrique Becerra. Declaración juramentada a folio 19 de la respectiva carpeta «a su señora madre le tocó salir a lavar ropa en casas vecinas, a vender comida en la calle para poder sostener a sus otros hijos».

¹⁵⁸ José del Tránsito Pino Salas. Declaración juramentada a folio 10 de la carpeta hecho No. 93«... se tuvieron que desplazar para Medellín a vivir donde unos amigos en el barrio Enciso de arriendo y dependiendo de la caridad de ellos, hasta que la señora Alicia Varela consiguió trabajo en una casa de familia, actividad esta a la que nunca estaba acostumbrada».

¹⁵⁹ Martha Sofía Córdoba Mosquera y sus hijas. Declaración a folio 7, carpeta No 229 «A su compañera Martha Sofía le tocó salir en busca de trabajo lavando ropa y hacía aseo en la ciudad de Medellín».

¹⁶⁰ Everto Perea Córdoba. Declaración jurada ante Notario a folio 25 «Después que murió Everto se tornaron en personas muy retraídas, poco sociables».

¹⁶¹ Marcelino Montero Rentería, folio 21.

¹⁶² Luis Gabriel Mena Padilla, folio 21.

¹⁶³ Jesús Ramos Córdoba, folio 78.

¹⁶⁴ Dagoberto Vivas Palacios, folio 51.

¹⁶⁵ Menores F.A.P.F., Y.C.P.S.y D.V.V, folios 18- 19, 6 y 18, respectivamente

¹⁶⁶ María Aydely Sánchez y su nieto.

ellos una alteración psicológica que va más allá del perjuicio meramente moral o patrimonial, que, además, incide en el desarrollo de su personalidad e irradia sobre su proyecto de vida y relaciones con los demás, motivo por el cual se reconoce una tasa de 20 SMLMV, para cada uno de los padres.

Lo anterior, no significa que otros miembros de la familia sean excluidos como potenciales víctimas, pues se reitera, tal condición se adquiere por el simple hecho de padecer un daño, que debe ser probado por quien no goza de esa presunción legal.

Por tal motivo, el incidente de reparación integral¹⁶⁷, demanda que la víctima, a través de su apoderado, acredite probatoriamente las pretensiones indemnizatorias elevadas y en el daño a la salud, deberá allegar prueba que corrobore de qué manera el perjuicio incidió negativamente en el desarrollo de la personalidad, en su autonomía como ser humano y en su relación con la comunidad en general.

Ahora, en los **hechos No. 111**¹⁶⁸, **114**¹⁶⁹, **117**¹⁷⁰, **126**¹⁷¹ **y 123**¹⁷² el daño a la salud es solicitado a favor de otras víctimas indirectas y se adiciona como prueba de ello el documento suscrito por la Defensoría del Pueblo, «*prueba documental de identificación de afectaciones*», que si bien advierte posibles alteraciones psicológicas y las circunstancias que debieron atravesar producto del accionar criminal, no

¹⁶⁷ Artículo 23 de la Ley 975 de 2005.

¹⁶⁸ Leonides Benitez Bautista.

¹⁶⁹ Edith Freddy Gallego Argel.

¹⁷⁰ José Armando Perea Mosquera.

¹⁷¹ Luis Elidiel Mosquera Mosquera.

¹⁷² Juan José Garzón Mejía.

Rafael

acredita la lesión psicofísica de la persona, *verbi gratia* patologías desarrolladas, tratamientos, tipo de secuelas, entre otras caracterizaciones; por lo tanto, en ese sentido, la prueba del perjuicio queda huérfana a efectos de determinar la cuantía según el daño sufrido.

Recuérdese que las afectaciones traducidas en dolor, tristeza, congoja o aflicción, son propias del daño moral, por lo que el daño a la salud va más allá de estos conceptos y su configuración debe ser demostrada por quien lo demanda, por lo que se mantiene dicha decisión.

Por otro lado, el a quo reconoció a favor de los progenitores en los **hechos No. 132**¹⁷³ y **116**¹⁷⁴ el daño a la salud de los padres de las víctimas directas en un valor de 20 SMLMV, según la presunción para este tipo de delitos, no obstante, el impugnante cuestiona dicho monto pues no se compadece con la magnitud del daño, así como exige la liquidación a favor de otras víctimas indirectas.

Sobre el particular, la Sala reitera una vez más, que revisadas en su integridad las carpetas de cada hecho, no se observa que exista algún elemento para establecer su liquidación.

En el hecho No. 116, se alude a un tratamiento psiquiátrico y psicológico a la madre de la víctima directa, sin embargo, no se encuentran en el expediente los documentos

¹⁷³ Jesús Enor Mosquera Ramirez.

¹⁷⁴ Saja Johanna Kaim Muñoz.

301

que lo sustenten probatoriamente. Por lo anterior, se confirmará la decisión emitida en primera instancia.

Respecto de los hechos de desaparición forzada (**No. 111¹⁷⁵, 114¹⁷⁶, 117¹⁷⁷, 126¹⁷⁸, 123¹⁷⁹, 132¹⁸⁰ y 116¹⁸¹**), de manera genérica, aduce el recurrente que los perjuicios morales deben ser incrementados atendiendo la magnitud del daño, por lo que resulta viable una indemnización mayor a la otorgada por la Sala de Justicia y Paz, la que se circunscribe en 100 SMLMV para los progenitores y los hijos y 50 SMLMV para cada uno de los hermanos de las víctimas directas.

Con respecto a este asunto, es conveniente resaltar que los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados, los primeros deben acreditarse tanto su existencia como su cuantía y en los subjetivados sólo se debe demostrar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización, en tanto que, la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción¹⁸².

En ese orden de ideas, para tasar el perjuicio moral el juzgador deberá tener en cuenta la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, acudiendo

¹⁷⁵ Leonides Benitez Bautista.
¹⁷⁶ Edith Freddy Gallego Argel.
¹⁷⁷ José Armando Perea Mosquera.
¹⁷⁸ Luis Elidiel Mosquera Mosquera.
¹⁷⁹ Juan José Garzón Mejía.
¹⁸⁰ Jesús Enor Mosquera Ramirez.
¹⁸¹ Saja Johanna Kaim Muñoz.
¹⁸² CSJ 27 abri 2011, radicado 34547.

Rafael

siempre a la sensatez y a la ponderación de las diversas aristas que contiene la situación a analizar.

Ahora, se ha considerado que la acreditación del parentesco permite presumir que el/la cónyuge o el/la compañera/o permanente y los hijos, sufren perjuicio moral con la muerte del esposo, compañero permanente y padre¹⁸³ y respecto de los demás parientes cercanos ha indicado:

Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella – que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil –, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia.

Ahora bien, con respecto al daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendido también, que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos¹⁸⁴.

En este sentido, el Consejo de Estado ha sugerido una cifra máxima para los delitos de mayor gravedad,

¹⁸³ Consejo de Estado, sentencia de 13 de agosto de 2008. Rad. 17042.

¹⁸⁴ Consejo de Estado, sentencia del 7 febrero de 2002. Rad. 21266.

Rafael
166

equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales¹⁸⁵, y esta Sala ha venido fijando los perjuicios morales por tales conductas en 100 SMLMV para los parientes de primer grado (padres, hijos, esposos (as) o compañeras (os) permanentes), y de 50 SMLMV a los parientes de segundo grado (abuelos, hermanos y nietos), monto que se asigna al punible de homicidio.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la indemnización prevista por los hechos **No. 111, 114, 117, 126, 123, 132 y 116**, pues los montos reparatorios dispuestos por el Tribunal se ajustan a los precedentes que frente a casos similares ha sentado el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, pero sobre todo, a los que en la materia ha fijado esta Corporación¹⁸⁶.

Desde luego, para la Sala no pasa desapercibido que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, reconoció que:

Podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existen circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Con todo, la aplicación de ese criterio – como se desprende del texto mismo de la providencia reseñada –

¹⁸⁵ Consejo de Estado, sentencia de 23 abril de 2008. Rad. 17534.

¹⁸⁶ Por ejemplo, CSJ SP, 16 ago. 2017, rad. 47053.

requiere que el interesado acredite aquellas circunstancias fácticas por razón de las cuales los hechos victimizantes causaron, en el caso concreto, una mayor perjuicio al que, de ordinario, entrañan conductas similares.

Esa carga no fue atendida por el recurrente, quien de manera abstracta afirmó la extrema gravedad del delito de despazamiento forzado – aserto que desde luego no cuestiona la Sala -, pero no demostró de manera concreta y específica que en el asunto examinado se hayan configurado circunstancias especiales y específicas determinantes de una mayor lesividad moral.

En tal virtud, se confirmará en este punto la sentencia de primera instancia.

Ahora, en relación al **lucro cesante** solicitado a favor de las víctimas indirectas de los **hechos 18, 34, 80 y 93**, quienes pidieron la indemnización por esta modalidad de daño, atendiendo a la dependencia económica de los progenitores por su hijo fallecido y que fue denegado por la primera instancia, debe resaltarse que, la obligación de dar alimentos se funda en el deber de solidaridad entre padres e hijos y ésta surge cuando se acredita tanto la capacidad del obligado como la necesidad del beneficiario¹⁸⁷.

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha considerado que el reconocimiento de perjuicios materiales sólo es procedente hasta cuando la víctima hubiera alcanzado la edad de 25 años, pues se supone que a partir de ese

¹⁸⁷ Sentencia C-029 de 2009.

Rafael

momento de la vida, la persona decide formar su propio hogar¹⁸⁸.

En el **hecho No. 18 - homicidio de Everto Perea Córdoba**, al momento de su deceso¹⁸⁹ contaba con 25 años de edad, por lo que las víctimas indirectas no fueron indemnizadas por lucro cesante (consolidado ni futuro).

Ahora bien, el Tribunal de cierre de la justicia contencioso administrativa¹⁹⁰ ha considerado que si a pesar de haber cumplido 25 años, el padre acredita que dependía económicamente de su hijo por la imposibilidad de trabajar, dicha indemnización puede calcularse hasta la vida probable del padre.

En el asunto, obra declaración extraproceso en la que se indica que Everto Perea *«percibía mensualmente el salario mínimo, junto con el cual respondía económicamente por sus padres ya que estos eran personas de avanzada edad y no laboraban por que mantenían muy enfermos y la mayoría de sus otros hijos ya tenían conformado su propio hogar»*¹⁹¹.

Ahora, si bien es cierto para corroborar tal especificidad no existe tarifa legal probatoria, en este caso, la Sala considera que era necesario acreditar la dependencia económica de los progenitores, lo que se omitió.

¹⁸⁸ Sentencias del 9 de junio de 2005 y 8 de agosto de 2002, expedientes 15129 y 10.952.

¹⁸⁹ Registro Civil de defunción, nació en noviembre de 1973 y murió el 20 de septiembre de 1998.

¹⁹⁰ Consejo de Estado Expediente 16586

¹⁹¹ Folio 20, carpeta hecho No. 18.

Por otra parte, se evidencia que el occiso no era el único descendiente de los señores Cristóbal Perea y Elvia Córdoba, por lo que en principio, de acuerdo con los lazos de solidaridad que unen a la familia, es factible deducir que estos también contribuían a la manutención de sus padres.

Por su parte, en el **hecho No. 34 - Homicidio de Ismael Enrique Becerra Barrera**, una vez examinadas en su integridad las carpetas, se indica que atendiendo la declaración extraproceso y la edad de Ismael Becerra para la fecha de su deceso era de 20 años, la señora Gloria Yuri Barrera López, progenitora de la víctima directa fue indemnizada por lucro cesante consolidado, atendiendo la presunción de dependencia económica, no así por lucro cesante futuro, en el entendido que tal dependencia es hasta los 25 años de edad, como ya fue referido. Por lo que se confirmará la decisión emitida por el juez de primera instancia.

En el **hecho No. 47 - Homicidio de Luis Gabriel Mena Padilla**, se realizó la indemnización a la progenitora del occiso en relación al lucro cesante consolidado y no futuro, por lo esgrimido en los acápites precedentes, no obstante, nada se dijo respecto a las hermanas menores de edad, que para esa época dependían económicamente de Luis Gabriel.

Efectivamente, el Tribunal optó por guardar silencio al respecto, pues una vez revisados los registros de audios, se advierte que el representante de víctimas solicitó en audiencia de incidente de reparación integral celebrada el

Rafael
170

11 de agosto de 2016, perjuicios por lucro cesante a favor de las menores así: «por Juana Gabriela Padilla Becerra \$5.85.588, por Yesenia Padilla Becerra \$17.920.574 y por Yurlenis Padilla Becerra \$12.646.032»¹⁹², lo cual constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, al desconocer los derechos de las víctimas a la reparación integral y acceso a la administración de justicia, que obliga a declarar la **nulidad parcial** de la sentencia con el objeto de que la Sala de Justicia y Paz se pronuncie acerca de tal pedimento a fin de preservar el derecho de la doble instancia.

En el **Hecho No. 80 - Homicidio de Dagoberto Vivas Palacios**, se observa una declaración extraproceso¹⁹³ que indica: «para la fecha de su fallecimiento trabajaba en oficios varios y económicamente por su señora madre, ya que ella no laboraba y para esa fecha no tenía compañero sentimental, además Dagoberto era soltero y no tenía obligación alguna».

Al respecto, esta Sala le halla razón a la Magistratura al no liquidar el perjuicio material por lucro cesante consolidado ni futuro, atendiendo a que para la fecha de los hechos, Dagoberto Vivas Palacios ya contaba con 27 años y de acuerdo a las reglas establecidas por la jurisprudencia, se presume que ya tenía su propio hogar, además de todo no se acreditó por parte de su progenitora la dependencia económica debido a situación de vulnerabilidad u otra circunstancia. Se confirmará la decisión emitida por el *a quo*.

¹⁹² Registro de audio 01:01:14.

¹⁹³ Folio 51, carpeta hecho No. 80.

312

De otro lado, se tiene **el Hecho No. 93 - Homicidio de José del Tránsito Pino Salas**, en el que se censura la cifra reconocida por lucro cesante a favor de las víctimas indirectas, al haberse tenido como ingreso mensual de José del Tránsito un salario mínimo, cuando este era de \$7.000.000.

Al respecto, la Sala comparte lo expuesto por la primera instancia, al no contar con prueba demostrativa de tales ingresos.

Una vez inspeccionadas las carpetas, se observa una declaración juramentada que señala: «tenía una miscelania en el pueblo y por esa actividad se ganaba la suma de \$7.000.000»¹⁹⁴, de igual forma, se anexan facturas de compra a nombre de la víctima directa y un certificado del Batallón de Infantería que señala la actividad económica del propietario del establecimiento, sin embargo, esto no aporta información trascendente que permita identificar de manera fehaciente la renta mensual dejada de percibir y aún bajo el principio de flexibilidad de la prueba, que rige este tipo de asuntos, no resulta admisible la pretensión formulada por el abogado. Por ende, el reproche no prospera.

Adicionalmente, el recurrente solicita el reconocimiento del lucro cesante a favor de María Adelina Mosquera Benitez (compañera permanente), por el desplazamiento forzado derivado del **hecho No. 126 - Desaparición forzada de Luis Elidiel Mosquera**. En este

¹⁹⁴ Declaración extraproceso rendida por Julio Cesar Mosquera Giraldo y Carlos Mario Rodriguez Agudelo, folio 10 carpeta hecho No. 93.

Rafael
172

caso, se confirmará lo decidido por la primera instancia, en tanto que, una vez revisados los registros de audio, se advierte que el abogado en audiencia de incidente de reparación integral que se desarrolló el 30 de agosto de 2016¹⁹⁵ se limitó a requerir los perjuicios materiales y morales con respecto a la desaparición forzada cuyas víctimas indirectas son María Adelina y su núcleo familiar y del desplazamiento forzado solo solicitó el reconocimiento del daño a la salud, del cual se hizo el respectivo pronunciamiento.

Por último, cuestiona el recurrente la decisión del a quo en lo referente a la omisión en la liquidación de perjuicios por los homicidios de José Gregorio Murillo Moreno, Eisller Murillo Barahona (**hecho No. 91**), quienes fueron asesinados cuando hacían parte del grupo armado ilegal ELN, así como también de Walter Salas Rentería (**hecho No. 118**), integrante del Bloque Pacífico-Héroes del Chocó para ese momento.

Para desestimar el reproche del opugnador, basta con traer a colación la prohibición contenida en el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, objeto de control de constitucionalidad en fallo C-253A-2012, según el cual:

Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de

¹⁹⁵ Registro de audio 35:36.

Rafael

grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.

Siendo así, la pretensión del impugnante no tiene vocación de prosperidad, pues ésta implicaría el incumplimiento de una prohibición legal, por lo que se confirmará la decisión de la primera instancia.

Para finalizar, en la solicitud dirigida al reconocimiento oficioso de la indemnización pecuniaria por afectación relevante a bienes o intereses constitucionales o convencionalmente amparados en los casos de desaparición forzada, se recuerda que este daño inmaterial se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, lo que en el proceso de justicia transicional se logra a través de las medidas de satisfacción, tales como el reconocimiento público de los hechos, el esclarecimiento histórico, la declaración de las responsabilidades y las solicitudes de perdón, que en su conjunto favorecen la dignificación de las víctimas y se conciben como la posibilidad de enmendar la afectación a derechos fundamentales y restablecer los bienes constitucionales, sin que sea dable en el asunto reconocer indemnizaciones adicionales.

2.3.3.2 Impugnación de la abogada Sor María Montoya Arroyave.

2.3.3.2.1 Su inconformidad va dirigida a la no concesión del lucro cesante y daño emergente generado por

el desplazamiento forzado del núcleo familiar de Leonardo Scarpetta, atendiendo a que fue solicitado en audiencia de reparación integral.

Frente a Justiniana Mena Machado afirmó que la Sala no realizó la liquidación por lucro cesante y daño emergente, aduciendo que no se había solicitado, además de no haberse probado actividad económica ni ingresos, desconociendo la presunción legal de devengar el salario mínimo.

2.3.3.2.2 La Sala se abstuvo de liquidar perjuicios para el grupo familiar de Mauricio Alberto Marin Gallo, atendiendo su pertenencia al grupo armado ilegal, pero no existe prueba suficiente respecto al consentimiento de la víctima para afirmar que era colaborador de esa organización y adicional a ello, el cargo fue legalizado por el delito de homicidio en persona protegida, por lo que concluye que Marín Gallo no hacía parte del grupo ilegal.

Acorde con los planteamientos del recurrente, los temas de controversia, se contraen a los siguientes:

No. hecho	Víctima Directa Homicidio	Aspectos de la impugnación
22	Leonardo Scarpetta Moreno	Perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) .
62	Mauricio Alberto Marín Gallo	Reconocimiento de perjuicios

Rafael

Consideraciones

Hecho No. 22- Homicidio de Leonardo Scarpetta Moreno.

La negativa del a quo en el reconocimiento de las pretensiones de la representante de víctimas, en relación con el lucro cesante por el desplazamiento forzado de Justiniana Mena Machado y su núcleo familiar, se fundamentó en no haberlo solicitado en la respectiva diligencia y no haber sido probada la actividad económica de la víctima indirecta¹⁹⁶.

Una vez revisados los registros de audio de la audiencia de incidente de reparación integral celebrada el 10 de agosto de 2016, la representante de víctimas indicó¹⁹⁷:

El mismo hecho 22 pero caso desplazamiento forzado, la fecha del hecho del desplazamiento ocurrió el 18 de agosto de 1998, como víctima directa está la señora Mena Machado Justiniana como cabeza del núcleo familiar identificada con cédula 43.063.235, no hubo retorno, fecha y lugar de estabilización económica duraron doce meses, la profesión u oficio de la señora Justiniana ama de casa, ingreso \$689.455 actualizado, para esta señora pido como lucro cesante 10.341.825, como daño emergente solicito la suma de 90.045.174 representados en las pérdidas que tuvieron en caballos, vacas, aves de corral y cerdos, también igualmente los gastos corridos con el transporte, arriendo, alimentación y servicio público que tuvieron que pagar durante el desplazamiento...

De acuerdo con lo precedente, no hubo ningún pronunciamiento por parte del a quo, en relación con los

¹⁹⁶ Cfr. folio 1065 de la sentencia de primera instancia.

¹⁹⁷ Registro de audio 56:08 – Incidente de Reparación Integral de 10 de agosto de 2016.

Rodrigo Alberto Zapata Sierra
176

eventuales perjuicios a nombre de la víctima Justiniana Mena Machado, por lo que se declarará la **nulidad parcial** de este hecho, para que la primera instancia profiera decisión sobre el particular.

Hecho No. 62 - Mauricio Alberto Marín Gallo.

En el asunto, la Sala de Justicia y Paz de Medellín denegó las pretensiones a favor de las víctimas indirectas por el homicidio de Mauricio Alberto Marín Gallo, teniendo en cuenta que «al momento de los hechos pertenecía o colaboraba con el grupo y en esa medida participaba con las hostilidades»¹⁹⁸. Tal decisión la justificó en la información aportada por el postulado Jorge Ivan Laverde, alias El Iguano¹⁹⁹.

Frente a este particular, se advierte que al hacer la presentación de los cargos por parte de la Fiscalía General de la Nación, la primera instancia legalizó el hecho por el delito de homicidio en persona protegida y nada particular dijo sobre el caso en estudio, como sí lo hiciera en los hechos relacionados con los homicidios de Esller Murillo Barahona o José Gregorio Murillo Moreno, miembros de un grupo subversivo o en el asunto de Walter Salas Rentería integrante del Bloque Pacífico.

Lo anterior, evidencia que no logró establecerse efectivamente que Mauricio Marín Gallo hiciera parte del grupo ilegal como tampoco se tiene certeza de cual era su

¹⁹⁸ Folio 1003 de la sentencia de primera instancia.

¹⁹⁹ Folio 67, carpeta No. 108834.

supuesta colaboración con el GAOML (voluntaria u obligatoria), aún más, cuando el móvil del homicidio, informó el postulado, fue «extorsionar a la población en nombre del grupo armado»²⁰⁰, lo que hace insostenible denegar el perjuicio por esta razón, pues en este caso opera el principio de distinción establecido en el artículo 48 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

Por lo anterior, en tanto no existe una prueba que indique razonablemente la pertenencia de Marín Gallo al grupo paramilitar, esta Sala dispondrá la reparación de las víctimas indirectas del homicidio en persona protegida, así:

De conformidad con lo alegado se tiene como víctimas indirectas del hecho a : Clara Esther Gallo de Marín (madre) y Maria Edilma, Gilma Rosa, Rosa Elvira, Mari Alba, Maria Olga, Juan Guillermo, Luz Melly, Ligia Yaneth, Yolanda Lucia y Norbey Marín Gallo (hermanos), no obstante, atendiendo la línea jurisprudencial fijada para el reconocimiento del perjuicio moral, en el entendido que solo se establece la presunción del mismo respecto de «el cónyuge, compañera o compañero permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida» a los hermanos de la víctima directa no les será reconocido, al no haberse acreditado el daño irrogado.

²⁰⁰ Folio 284, sentencia de primera instancia.

119

Daño emergente: La representante de víctimas solicitó a favor de Clara Esther Gallo de Marín un valor de \$10.155.244 por concepto de daño emergente.

Una vez revisada la carpeta del hecho, se tiene que los gastos funerarios no se acreditaron probatoriamente, por lo se acogerá el monto general tasado por la primera instancia fijado en un valor actualizado de \$1.200.000 pesos, que le serán reconocidos a la progenitora de la víctima directa.

Lucro cesante debido: La abogada solicitó el reconocimiento del lucro cesante debido a favor de Clara Esther Gallo de Marín por un valor de \$35.268.664 pesos.

Pues bien, en el proceso se encuentra acreditado el parentesco; el deceso ocurrió cuando Mauricio Marín tenía 21 años, por lo tanto, en atención a la presunción de dependencia económica entre madre e hijo, y al no acreditarse el ingreso devengado por Mauricio Marín Gallo como conductor de taxi para el momento de los hechos, se tendrá el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente para esa época (1998), esto es, \$203.826, el cual se actualizará así:

$$Ra = R \times \frac{\text{IPC final (julio de 2018)}}{\text{IPC inicial (noviembre de 1998, fecha del deceso)}}$$

$$Ra: \$203.826 \times \frac{142,09842}{51,71247}$$

Rodrigo
179

Ra: \$560.084,49

Atendiendo a que la renta actualizada es menor que el salario mínimo legal mensual vigente (\$781.242), esta cifra se incrementa en un 25% por concepto de prestaciones sociales y posteriormente, se disminuye en igual proporción en razón de gastos personales, lo que da como resultado una renta actualizada de \$732.414,37

Para establecer el lucro cesante consolidado se aplica la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Ra renta actualizada

i la tasa de interés puro mensual

n el número de meses que comprende el periodo a indemnizar

1 es una constante matemática.

Fecha de los hechos : 9 noviembre de 1998.

Fecha en que la víctima directa cumplía 25 años: 25 de noviembre de 2002.

Periodo a indemnizar: 48.53 meses

$$S = \$732.414,37 \frac{(1 + 0.004867)^{48.53} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$39.983.553,7$$

Rafael

Con respecto al daño moral, solicitó el reconocimiento de un valor de 200 SMLMV, sin embargo, de acuerdo a las circunstancias del homicidio y el daño sufrido, la Sala condenará al postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra y otros, a pagar una suma de 100 SMLMV para Clara Esther Gallo de Marín (madre).

En lo concerniente a los daños la salud, si bien fueron solicitados en la audiencia de incidente de reparación integral, no se allegó prueba que los acredite, por lo que no se liquidará suma alguna por dicho concepto.

2.3.3.3 Impugnación del abogado Luis Guillermo Rosas Walteros.

El representante de víctimas indicó que la Sala incurrió en *errores de hecho por omisión de la prueba testimonial, falso raciocinio y equivocadas inferencias*, al no liquidar perjuicios por daños a la salud, atendiendo a que se aportaron dictámenes periciales en la vista pública llevada a cabo el 23 de junio de 2016, los que no fueron objeto de discusión y estos dan cuenta de las afectaciones sufridas por las víctimas indirectas.

Solicitó entonces condenar al postulado Rodrigo Alberto Zapata Sierra al pago de cien (100) smlmv por este concepto en favor de cada una de las víctimas indirectas en los hechos No. 48 y 37 –homicidios de Eri Enrique Moya Sánchez y Alfredo Moreno Valencia respectivamente.

Rosas

322

Así pues, los planteamientos del recurrente se contraen a lo siguiente:

No . hecho	Víctima Directa Homicidio	Aspectos de la impugnación
48	Eri Enrique Moya Sanchez	Daños a la salud
37	Alfredo Moreno Valencia	

Consideraciones

La Sala de Justicia y Paz no liquidó tal cifra, dado que el daño no fue acreditado²⁰¹.

Una vez revisadas la carpetas, se observa que efectivamente se halla el documento «prueba documental de identificación de afectaciones», que si bien advierte posibles alteraciones psicológicas producto del accionar criminal, no acredita así la lesión psicofísica de la persona, *verbi gratia* patologías desarrolladas, tratamientos, tipo de secuelas, entre otras caraterizaciones; por lo tanto, en ese sentido la prueba del perjuicio queda huérfana a efectos de determinar la cuantía según el daño sufrido.

En ambos casos, en las observaciones las remiten a tratamiento por psicología o psiquiatría, sin embargo, a pesar de sugerirlos, no se allegó al proceso una prueba determinante para establecer el citado daño por quien demanda el reconocimiento de indemnización, en cuanto no se presume su configuración. Por lo tanto, se mantendrá la decisión tomada por la primera instancia.

²⁰¹ Folio 942, sentencia de primera instancia.

 182

2.3.3.4 Impugnación del abogado Rafael Gónima López.

Su diferencia se orientó a la falta de pronunciamiento y reconocimiento de los perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales o convencionales que fueron solicitados en el incidente de reparación integral con relación al homicidio de Luis Bernardo Herrera Mondragón (Hecho No 18).

La primera instancia se abstuvo de liquidarlos, incurriendo de esta manera en defecto fáctico, desconocimiento del precedente vertical, así como vulneró el principio de acceso a la administración de justicia.

De igual forma, anotó que si bien su prohijado hacía parte del grupo ilegal Frente Suroeste, su ejecución se debió al abandono voluntario de la militancia y a su reintegro a la vida civil, por lo que resalta lo considerado en la sentencia en la que se modificó el cargo de homicidio agravado al de homicidio en persona protegida. Todo ello origina el derecho a la reparación de la víctima indirecta, en este caso su progenitora María Ruth Mondragón Serna.

Por lo tanto, el tema de controversia, se contrae a:

No. hecho	Víctima Directa	Aspectos de la impugnación
18	Luis Bernardo Herrera Mondragón	a. Reconocimiento de perjuicios por violación de bienes constitucionales. b. Reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

Rafael Gónima 183

Consideraciones

Como se ha advertido en hechos anteriores y análogos a éste, es la misma Ley de víctimas (Ley 1448 de 2011), que establece que «los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley **no serán considerados víctimas**, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad».

En reiteradas ocasiones, la Sala ha señalado que resulta razonable la exclusión de los afectados indirectos con los perjuicios sufridos por los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que voluntariamente ingresaron a esas estructuras delictivas y se expusieron a múltiples riesgos²⁰², lo que se fundamenta en la diferencia existente entre quien es afectado por el actuar de estos grupos criminales, en contraposición con las personas mayores de edad que optan por integrarlos. Así lo consideró en una oportunidad esta Sala :

Que la norma cuestionada hubiese fijado unos criterios de diferenciación, no infringe el postulado de la igualdad, sino que, dentro de la libertad de configuración que le es permitida, el legislador estableció parámetros para fijar razonables diferencias entre iguales, conforme con los cuales quien en forma voluntaria integre un grupo al margen de la ley y en desarrollo de su actividad ilegal reciba un perjuicio, no puede pretender acceder a unos procedimientos expeditos de reparación en idénticas condiciones de quien, actuando dentro de la legitimidad es perjudicado en sus derechos.

En los dos supuestos existen perjudicados, lo cual les genera derechos de reclamar y acceder a la reparación, desde donde

²⁰² CSJ SP16258-2015, 25 nov.2015, rad. 45463.

*existe igualdad de protección estatal, pero sucede que esa situación en la cual voluntariamente se puso el integrante del grupo armado ilegal comporta que este deba reclamar sus derechos a través de las vías comunes, en tanto que quien se ajustó a la legalidad se encuentra habilitado para acudir a la reparación de que se trata en este asunto, contexto dentro del cual no se presenta discriminación alguna, sino un válido parámetro de diferenciación que deriva como consecuencia exclusiva del actuar libre del integrante de la organización armada ilegal*²⁰³.

Conforme con lo anterior y tal como lo expresó el recurrente, Luis Bernardo Herrera Mondragón *hacía parte del grupo ilegal Frente Suroeste*²⁰⁴ y su deceso se originó al estar de permiso y no regresar, así lo indicó: «De acuerdo a Daniel Alejandro Serna, alias Kenner, Luis Bernardo Herrera Mondragón estaba vinculado al Frente Suroeste y las armas y demás elementos incautados en la residencia de aquél confirman esa versión»²⁰⁵; por lo tanto, los familiares de Herrera Mondragon podrán obtener la reparación por los daños irrogados, por los cauces comunes y no a través del proceso de justicia y paz.

De otro lado, si bien es cierto el a quo reconoció la existencia del delito de homicidio en persona protegida, así lo legalizó y se responsabiliza penalmente a los postulados, lo hizo en el entendido que al momento de su deceso hacía parte de la población civil.

Ahora frente a la solicitud de reconocimiento de perjuicios por violación a bienes e intereses constitucionales o convencionales, debe resaltarse que una vez escuchada la intervención del representante de víctima

²⁰³ CSJ AP2226-2014, 30 abr. Rad. 43237

²⁰⁴ Folio 411 cuaderno de apelaciones.

²⁰⁵ Folio 359, sentencia de primera instancia.

Rafael
185

en la audiencia de incidente de reparación integral²⁰⁶, se evidencia que ningún requerimiento frente a este punto se hizo, por lo que se confirmará la decisión emitida por la primera instancia.

2.3.3.5 Impugnación del abogado Luis Fernando Giraldo García

2.3.3.5.1 Perjuicios morales y materiales a víctimas indirectas. A pesar de haber sido solicitados tales perjuicios en favor de Blanca Dolly Sabas Moncada, Elizabeth Arias Sabas y Wilder Arias Sabas (**hecho No. 6. Homicidio de Jesús Albeiro Arias Vera**) y, Marcelina Taborda, Martin Antonio Muñoz Yepes, Jaime Alberto, Yaneth Elena, María Evangelina y Edilvia Muñoz Taborda (**hecho No. 6. homicidio de Noralba Muñoz Taborda**), la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín ignoró estos casos y omitió pronunciarse respecto de los mismos.

2.3.3.5.2 Perjuicios morales por el homicidio de **Fabio Aragón Salas**. El recurrente afirmó que las medidas solicitadas no fueron liquidadas a la totalidad de las víctimas indirectas de los hechos, dado que se omitió valorar los elementos materiales probatorios aducidos en el incidente de reparación, en el que se indicó un reconocimiento por daños morales equivalente a 200 smlmv para Yacira Córdoba Mena, Fabio Córdoba Mena, Exiomada María Aragón Salas y Luzmila Aragón Salas y, a su vez desconoció los perjuicios en favor de Wilson Aragón

²⁰⁶ Registro de audio 1:22:35 indicidente de reparación integral llevado a cabo el 12 de mayo de 2016.

327

Salas, Eleazar Elías Aragón Salas y Georgina Salas Mosquera, pues no se pronunció al respecto de estos.

2.3.3.5.3 En el caso de **hecho No. 90. Rodrigo García Ospina**, afirma el apelante que la Sala de Justicia y paz no realizó liquidación alguna por la pertenencia de la víctima a un grupo ilegal.

Argumenta que se omitió lo dicho en versión libre rendida por el postulado Lozano Badillo, quien afirmó que ya el mencionado no hacía parte del grupo armado, ello se corrobora en la sentencia de primera instancia, en el que se calificó el cargo como homicidio en persona protegida.

Por lo tanto, acorde con los planteamientos del recurrente, los temas de controversia, son:

No. hecho	Víctima Directa Homicidios	Aspectos de la impugnación
6	Jesús Albeiro Arias Vera y Noralba María	Perjuicios materiales y morales.
43	Fabio Aragón Salas	Perjuicios morales
90	Rodrigo García Ospina	Reconocimiento de perjuicios materiales y morales

Consideraciones

Hecho No. 6. Homicidios de Jesús Albeiro Arias Vera y Noralba María Muñoz Taborda.

Rodrigo

Respecto de este hecho solicita el recurrente se reconozca a las víctimas indirectas los perjuicios materiales y morales.

Pues bien, una vez revisada la actuación se tiene que en audiencia celebrada el 12 de agosto de 2016, efectivamente los perjuicios fueron solicitados por el representante de víctimas y una vez escuchado el requerimiento por el Magistrado con funciones de conocimiento de la Sala de Justicia y Paz de Medellín se percató que el hecho No. 6 no se hallaba en la relación de cargos entregada por el Delegado de la Fiscalía, quien una vez cuestionado al respecto, indicó:

Efectivamente, no se formularon cargos por el homicidio de Noralba Muñoz Taborda y Jesús Albeiro, toda vez que en primera instancia no fueron imputados ni formulados a Rodrigo Alberto Zapata Sierra sino a Luis Omar Marín Londoño, por eso era que no lo encontrabamos, pero no se formularon porque ese postulado se encuentra condenado por estos hechos, de acuerdo a eso se trajo para efectos de verdad...para mayor claridad se presentó entre la época de transición al mando del Bloque Pacífico entre Luis Omar Marín Londoño e Ivan Laverde, Jorge Ivan Laverde Zapata...lo acepta y asume la responsabilidad y se trae para la formulación de cargos para efectos de verdad y acumulación jurídica de sentencia²⁰⁷.

En efecto, la liquidación de perjuicios del hecho No. 6 no se realizó, en tanto que la Fiscalía General de la Nación no imputó ni formuló el cargo y por ende, no fue legalizado por la Magistratura, sino que procedió como lo dijo el Fiscal a acumular la sentencia anticipada de 19 de julio de 2013 emitida por el Juzgado primero Penal del Circuito de Quibdó, Chocó, en contra de Luis Omar Marín Londoño por

²⁰⁷ Registro de audio 1:06:21 audiencia de incidente de reparación integral celebrada el 16 de agosto de 2016.

el doble homicidio y es traída a la actuación, para efectos de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, dada la aceptación del crimen ante la justicia ordinaria efectuada por el postulado.

Sobre el particular, se advierte que en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 975 de 2005, el que prevé que cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas.

Así, en providencia del 12 de febrero de 2009, proferida en la radicación 30998 la Sala sostuvo:

Por último, ese mismo artículo 20 de la Ley 975 de 2005, permite la acumulación de penas, en los casos en los cuales ya la justicia ordinaria condenó al postulado por conductas ejecutadas en curso y por ocasión de la pertenencia de éste al grupo armado al margen de la ley.

La norma, debe relevarse, fue estudiada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional²⁰⁸, declarando inexecutable el apartado en el cual se eliminaba completamente la pena impuesta en el proceso ordinario, y advirtiendo que esa sanción debía acumularse a la que corresponda por los delitos investigados en trámite de Justicia y Paz.

En seguimiento de esa posición jurisprudencial, el Decreto 3391 de 2006, en su artículo 10, detalla la forma en que opera la acumulación en cita.

Por lo tanto, en el fallo se señaló que en el ítem 2.12²⁰⁹ que la sentencia condenatoria fue acumulada al postulado Marín Londoño, cargo que no fue imputado ni formulado y previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación se

²⁰⁸ Sentencia C-370 de 2006.

²⁰⁹ Cfr. Folio 1714, sentencia de primera instancia.

ordenó su acumulación debido a que los homicidios se ocasionaron durante la pertenencia al grupo armado organizado.

En efecto, como lo ha mencionado la Corte en diversos pronunciamientos el titular de la acción penal en justicia transicional es la Fiscalía General de la Nación, pues le compete definir las estrategias procesales correspondientes (verificación de requisitos de elegibilidad, elaborar y desarrollar el programa metodológico, ubicar a las víctimas de delitos perpetrados con el accionar delictivo de los grupos armados, entre otros), por lo que, atendiendo a que la Fiscalía es la única facultada para imputar y formular los cargos, mal haría el Magistrado en legalizar lo que no fue solicitado.

Ahora, no obstante lo anterior, el representante de víctimas participó en la audiencia de incidente de reparación integral y solicitó perjuicios a favor de las víctimas indirectas, sin embargo, la primera instancia omitió decidir sobre ello, lo que evidente resulta declarar la **nulidad parcial** sobre este punto, por cuanto la Corte no puede pronunciarse por una decisión de reemplazo, en tanto, de hacerlo, pretermitiría el principio de la doble instancia, pues solo puede corregir yerros sobre lo decidido, pero cuando hay ausencia de ello, lo que se impone es que el a quo lo haga.

Hecho No. 43 - Homicidio de Fabio Aragón Salas.

En sentencia de primera instancia se reconoció a las víctimas indirectas como perjuicio moral la suma de 100 SMLMV a su compañera permanente Yacira Córdoba Mena y Fabio Córdoba Mena (hijo) y 50 SMLMV a sus hermanas Exiomara María y Luzmila Aragón Salas, montos que serán confirmados por esta Sala en razón a que esta suma corresponde a la fijada por el Consejo de Estado para el punible en relación.

Ahora, se advierte una vez examinada la actuación que, en audiencia de incidente de reparación integral celebrada el 24 de junio de 2016, el perjuicio moral fue solicitado por el abogado a favor de sus hermanos Wilson²¹⁰ y Eleazar Elías Aragón Salas²¹¹ y su tía Georgina Salas Mosquera, empero, la Sala de Justicia y Paz no se pronunció, por lo que, dada la afectación al principio de la doble instancia, deberá declararse la **nulidad parcial**.

Hecho No. 90 - Rodrigo García Ospina.

El Tribunal se abstuvo de reconocer como víctimas indirectas a los familiares de Rodrigo García Ospina, bajo el argumento de que era integrante del grupo armado ilegal

El impugnante consideró, por el contrario, que al momento de su muerte no hacía parte de la organización armada, ello con fundamento en lo dicho por el postulado

²¹⁰ Cfr. Folio 7, carpeta hecho No. 43.

²¹¹ Cfr. 8 y 9, ibíd.

Games Lozano Badillo en diligencia de versión libre llevada a cabo el 28 de agosto de 2012.

En tanto, se advierte, como lo señala el opugnador, que efectivamente se trataba de un ex integrante del Bloque Pacífico, pues al momento de su muerte hacía parte de la población civil, lo que se corresponde con la legalización del cargo por parte de la primera instancia como homicidio en persona protegida, responsabilizando penalmente a los postulados, así:

En efecto, de acuerdo a la evidencia, Eliécer Bermúdez Palacios se había fugado del grupo y Rodrigo García Ospina ya no hacía parte de éste para el momento de los hechos. Por lo tanto, se trata de combatientes que habían depuesto las armas por rendición o habían dejado de serlo y se encontraban protegidos por el Derecho Internacional Humanitario²¹².

Como se ha venido considerando, existe una prohibición legal contenida en el artículo 3º, parágrafo 2º de la Ley 1448 de 2011, en cuanto dispone que no serán consideradas víctimas los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley.

No obstante, le halla razón esta Sala a lo afirmado por el abogado, pues en el asunto, se trata de una persona que ya no era miembro del grupo, tal como lo advirtió el postulado del Bloque Pacífico Games Badillo: «Ese muchacho trabajó con nosotros un tiempo, la fecha de los hechos no la tengo, este hecho ocurrió en Bahía Solano, en Chambacú, la divide el río. Hay (sic) se ordena la baja, este muchacho me pide la baja y yo se la di, se retira del grupo

²¹² Cfr. Folio 303, sentencia de primera instancia.

él se fue para una vereda llamarse (sic) Tevada y por allá se robó unas motosierras y unas escopetas, yo no las vi, pero si me pusieron las quejas, yo me reuno con Manuel y Eccio, para darle de baja a este muchacho y se ordena la muerte de este muchacho»²¹³.

Por lo anterior y atendiendo a que Rodrigo Ospina García fue asesinado cuando no era miembro del grupo paramilitar, se procederá a revocar el punto de la sentencia y se dará paso a la reparación de los perjuicios de las víctimas indirectas, atendiendo lo solicitado por el abogado, así:

Daño emergente: El representante de víctimas solicitó a favor de la progenitora un valor de \$2.596.612 por concepto de daño emergente actualizado.

No obstante, esta Sala acoge la decisión de la primera instancia en otorgar por gastos funerarios a todas las víctimas un valor de \$1.200.000 de pesos correspondiente a daño emergente actualizado, que le serán reconocidos a favor de Inés Ospina Ibarguen.

Daño moral : En audiencia de incidente de reparación integral se reclamó la suma de 200 SMLMV para Inés Ospina Ibarguen y 100 SMLMV para los hermanos de la víctima: Gabriel, Gustavo, Alonso, Iris y Oswaldo García Ospina.

²¹³ Cfr. Carpeta hecho No. 90.

Rafael

De acuerdo a las circunstancias del homicidio de Rodrigo García Ospina y el daño sufrido a las víctimas, esta Sala condenará al postulado a pagar una suma equivalente a 100 SMLMV a Inés Ospina Iburguen.

No obstante, en relación con la a la solicitud en favor de los hermanos Gabriel, Gustavo, Alonso, Iris y Oswaldo García Ospina y Luz Mar García (sobrina), ésta será denegada, pues si bien allegó documentos que acreditan tal condición²¹⁴, ello no es suficiente para determinar el daño moral, pues en este caso no opera la presunción de aflicción.

2.3.3.2.6 Impugnación propuesta por las abogadas Luz Yedny Muñoz Murillo y Sor María Montoya Arroyave²¹⁵.

De manera unánime, las representantes de víctimas, la Fiscalía General de la Nación con apoyo del Ministerio Público, solicitaron la legalización de los cargos en contra del postulado ZAPATA SIERRA por los delitos de acceso carnal violento en persona protegida, atendiendo su comandancia en el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.

Sobre el particular, en el aparte 2.3.3.2.6 de esta providencia se analizó el tema y se resolvió legalizar los cargos por este punible en contra del postulado ZAPATA SIERRA bajo la figura de Responsabilidad del Superior, en relación con los hechos 145 y 212. Así mismo, se

²¹⁴ Cfr. Declaración juramentada a folio 17 y Registro Civil de Nacimiento.

²¹⁵ Cfr folios 391-402 y folios 398-402, cuaderno de apelaciones.

335

expusieron las razones por las que no es posible tomar igual determinación respecto de los hechos 143 y 144.

De tal manera, quedan resueltas las distintas inconformidades contenidas en las apelaciones interpuestas en este asunto.

Finalmente, como consideración adicional esta Sala resalta que si bien la justicia transicional ha flexibilizado los estándares probatorios en las peticiones resarcitorias, ello no es óbice para que los abogados acrediten los perjuicios en elementos de convicción legal que permitan demostrar de manera fehaciente el menoscabo soportado, pues en últimas, la audiencia de incidente de reparación integral es de naturaleza civil, por lo que se tiene la obligación de llevar a cabo un acompañamiento diligente al representar los intereses de quienes sufrieron perjuicios con el accionar criminal.

2.4 Otra determinaciones.

Luego de proferida la sentencia de primera instancia, se recibieron dos memoriales, fechados 25 de abril de 2017²¹⁶ y 14 de septiembre de 2018²¹⁷, suscritos por Carlos Mario Escobar Valderrama y Carlos Enrique Arias Arango, por una parte, y el apoderado judicial de Gloria Estella Maya Ríos, por otra. En ambos escritos se pide que se decrete la nulidad parcial de la providencia de primer grado con fundamento en la supuesta ocurrencia de

²¹⁶ Fs. 73 y ss., c. de la Corte.

²¹⁷ Fs. 119 y ss. c. de la Corte.

Rodrigo
195

irregularidades sustanciales lesivas del debido proceso, específicamente en cuanto en dicha decisión se dispuso extinguir el dominio de algunos predios formalmente pertenecientes a los nombrados sin haberseles permitido ejercer el derecho de defensa.

Como quiera que ambas pretensiones fueron elevadas de manera ostensiblemente extemporánea, esto es, tras haberse vencido el término conferido por la legislación procesal penal para impugnar la sentencia de primer grado y exponer las razones del disenso, la Sala se abstendrá de resolver al respecto.

No está de más agregar, en todo caso, que Carlos Mario Escobar Valderrama y Carlos Enrique Arias Arango tramitaron un incidente de levantamiento de medidas cautelares que fue objeto de decisión de segunda instancia por esta Corporación en proveído de 17 de enero de 2018²¹⁸, y que, conforme lo admite el propio apoderado judicial de Gloria Estella Maya Ríos, ésta se enteró de los gravámenes impuestos años atrás, incluso antes del 24 de octubre de 2014, cuando se llevó a cabo la diligencia de embargo y secuestro dispuesta por la Fiscalía.

En ese entendido, resulta inadmisibile que aleguen, en esta sede y oportunidad, no haber contado con posibilidades de ejercer sus derechos respecto de las propiedades afectadas con la medida extintiva del dominio.

²¹⁸ CSJ AP, 17 ene. 2018, rad. 51131.

337

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. REVOCAR el numeral sexto de la sentencia y, en su lugar, **LEGALIZAR** los cargos correspondientes a los hechos No. 145 y 212, por el delito de acceso carnal violento en persona protegida atribuidos al postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA, cometidos por miembros del Bloque Pacifico-Héroes del Chocó, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

2. ADICIONAR el numeral 9° de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de condenar a RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA también como autor del delito de acceso carnal violento en persona protegida, en concurso homogéneo.

3. RECONOCER las siguientes víctimas y perjuicios según lo considerado en la presente decisión, así:

Hecho No.	Víctima indirecta	Concepto
1	Martha Cecilia Caro (compañera permanente).	Perjuicio moral (100 SMLMV)
62	Clara Esther Gallo de Marín (madre).	Daño emergente (\$1.200.000) Lucro cesante debido (\$39.983.553,7) Perjuicio moral (100 SMLMV)

Rodrigo

90	Inés Ospina Ibarguen (madre).	Daño emergente (\$1.200.000) Perjuicio moral (100 SMLMV)
----	-------------------------------	--

Así mismo, **RECONOCER** a cada uno de los padres de Leonidas Benítez Bautista, Edith Fredy Gallego Argel, José Armando Perea, Saja Johanna Kaim Muñoz, Jesús Enor Mosquera y Juan José Garzón Mejía, la indemnización de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de daño a la salud derivado del delito de desaparición forzada.

4. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la sentencia de primera instancia para que se pronuncie sobre:

Hechos No. 1, 139, 141 y 263, solicitud de indemnización por perjuicios debido a la violación de bienes o intereses constitucionales.

Hecho No. 47, eventuales perjuicios materiales a favor de Juana Gabriela, Yesenia y Yurlenys Padilla Becerra.

Hecho No. 22, eventuales perjuicios a favor de Justiniana Mena Machado (víctima directa de desplazamiento forzado).

Hecho No. 6, procedencia en la liquidación de perjuicios materiales y morales a las víctimas indirectas de los homicidios de Noralba María Muñoz taborda y Jesús Albeiro Arias Vera.

Hecho No. 43, eventuales perjuicios morales a favor de Wilson y Eleazar Elías Aragón Salas y Georgina Salas Mosquera, hermanos y tía de la víctima directa.

5. ABSTENERSE de decidir sobre la solicitud de nulidad parcial impetrada por Carlos Mario Escobar Valderrama, Carlos Enrique Arias Arango y Gloria Estella Maya Ríos, esta última a través de apoderado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

6. CONFIRMAR en todo lo demás la providencia recurrida.

7. DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

Contra esta decisión, por los dos cargos de acceso carnal violento en persona protegida, no procede la doble conformidad, dado que el condenado aceptó responsabilidad penal por tales delitos.

Cópiese, comuníquese y cúmplase,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente

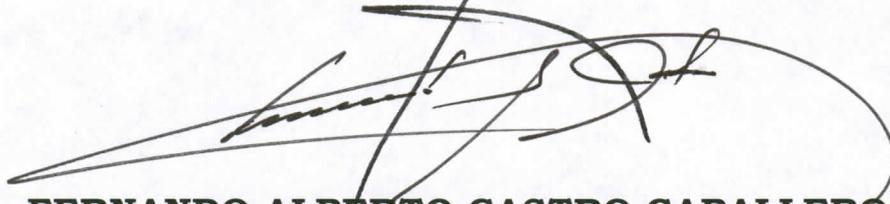
Rodrigo
199



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



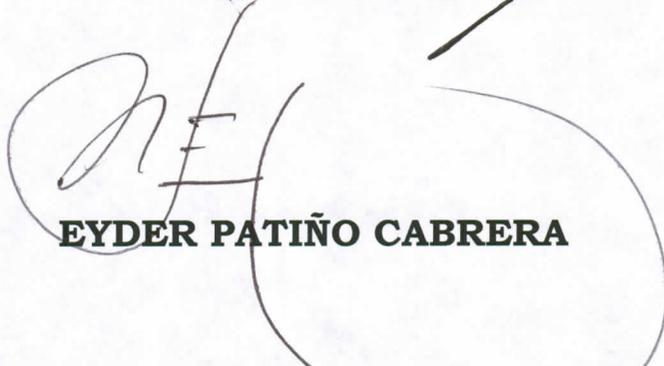
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



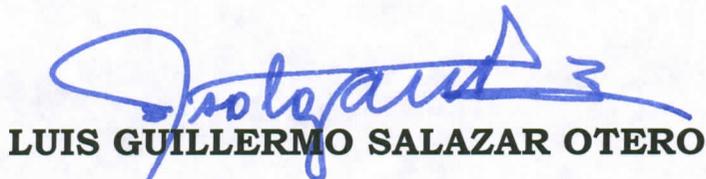
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



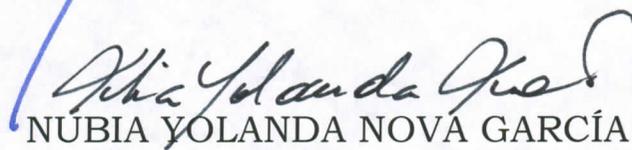
EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

