

I. Presentación

Uno de los temas a los que presta su atención este número de la Revista es el que durante los días cinco, seis y siete de octubre del año 2010, se debatió cuando la Universidad Sergio Arboleda y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg i. Br. (Alemania), organizaron la Conferencia Internacional: “Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el Derecho Penal Latinoamericano”, que contó con la cofinanciación de la Fundación Alexander von Humboldt, el Servicio Alemán de Cooperación Académica DAAD y el Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz –ProFis–, amén del apoyo de la Corporación Bicentenario, la Embajada Alemana, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación y del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”.

Al evento asistieron como ponentes los Profesores e investigadores alemanes CLAUS ROXIN, ULRICH SIEBER, IMME ROXIN, HELMUT SATZGER y JAN MICHAEL SIMÓN. Además, Profesores latinoamericanos de Argentina (EDGARDO DONNA y GABRIEL PÉREZ BARBERÁ), Perú (MANUEL ABANTO y PERCY GARCÍA CAVERO), México (ENRIQUE DÍAZ ARANDA y MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ), Uruguay (GASTÓN CHAVES HONTOU y PABLO GALAIN PALERMO), Costa Rica (FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ y ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ), Chile (SALVADOR MILLALEO, HÉCTOR HERNÁNDEZ y JAIME COUSO), Venezuela (JUAN LUIS MODOLLEL y ANDREÍNA MARTÍNEZ); Brasil (ANA LUCÍA SABADELL y JUAREZ TABARES) y Colombia (FERNANDO VELÁSQUEZ V., CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ y YESID REYES ALVARADO). Más de quinientas personas –incluidos estudiantes, jueces, magistrados, fiscales, profesores, abogados, miembros de organismos internacionales, jóvenes investigadores, etc.– formaron parte del selecto público que concurrió a tan extraordinario certamen que, a su vez, fungió como V Congreso de Estudiantes de Derecho Penal de la Universidad.

El tema elegido para el Coloquio buscó responder a la siguiente pregunta: ¿en qué calidad deben responder los dirigentes de aparatos criminales organizados de poder, por las conductas realizadas por sus subalternos? A esa cuestión, se dieron diversas respuestas que coinciden –en gran medida– con las usuales en la discusión: coautoría; autoría mediata al estilo del Profesor ROXIN, o con base en otros matices de la misma construcción; o, en fin, participación criminal en sentido estricto, bien a título de instigación o bien como cómplice.

La sección de *Doctrina* de este número, se dedica a dos colaboraciones distintas: en primer lugar, la del Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, quien se ocupa del principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para hacer una aproximación al tema. Desde luego, este apotegma es un mecanismo de cooperación entre dos jurisdicciones penales: una nacional y la otra internacional que permite que se garanticen los principios de justicia cuando ellos no puedan asegurarse por la inactividad o actividad inadecuada del orden doméstico, con el fin de evitar situaciones de impunidad por los delitos de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión (estos últimos, por supuesto, cuando hayan sido regulados de forma expresa). De esta manera, la jurisdicción de la Corte Penal internacional se configura como de *última ratio*, en el sentido de que sólo entra a jugar su papel de ente investigador y juzgador cuando se ha verificado que el Estado, en dónde ocurrió un delito de trascendencia internacional, no ha podido o no ha querido investigar y enjuiciar al o los responsables.

En segundo lugar, se incluye el trabajo elaborado por el estudiante LUIS FELIPE TÉLLEZ RODRÍGUEZ –monitor adscrito al Departamento de Derecho Penal– dentro de la cátedra de Derecho Penal Especial I, intitulado “El irrespeto a cadáveres en la legislación penal colombiana: un delito contra el descanso eterno”, que representa un estudio histórico y de derecho comparado muy interesante y bien hecho sobre el delito consagrado en el artículo 204 del Código Penal.

La habitual *sección de jurisprudencia*, se destina esta vez al examen de la extensa sentencia proferida –de la que, por razones de espacio sólo se incluyen algunos apartes– por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializada, el día nueve de junio de 2010, dentro del proceso seguido contra algunos miembros del estamento militar y policial con ocasión del holocausto del Palacio de Justicia en Bogotá, hechos acaecidos hace –justamente– veinticinco años, tema cuya actualidad e importancia no es necesario resaltar. En esa providencia, la Juez

A quo, después de considerar que las desapariciones forzadas cometidas son delitos de lesa humanidad que no prescriben, aplica de forma retroactiva el Código Penal vigente a los hechos sucedidos en noviembre de 1985 pese a que, entonces, no existía el delito de desaparición forzada; además, se afirma que el condenado actuó como autor mediato al interior de un aparato criminal organizado de poder, planteo que se quiere apuntalar en diversas construcciones académicas entre las cuales sobresale la del Profesor ROXIN; esto, como es obvio, entre otros temas de interés. A esta problemática, dedican los profesores JAIME GRANADOS PEÑA, RICARDO POSADA MAYA, CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ su atención en los comentarios que se hacen a la providencia judicial. Dichos académicos, al lado del Profesor KAI AMBOS, intervinieron también en un panel convocado al efecto por el Departamento de Derecho Penal el día 17 de noviembre de 2010, cuyas reflexiones se consignan como comentario de la sentencia.

Para terminar, la sección de bibliografía, se destina a reseñar dos trabajos de reciente publicación: uno, el libro “El sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos”, compilado y prologado por el Director del Departamento de Derecho Penal, con el cual se inicia la Colección de Estudios de esa área del conocimiento, donde se compilan las intervenciones de los Profesores FERNANDO VELÁSQUEZ V., LUIS E. CHIESA APONTE, JOHN A. E. VERVAELE, JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ÁLVARO VARGAS, OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA y RENZO ORLANDI, en el Cuarto Congreso de Estudiantes de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda en 2009. La reseña ha sido realizada por la Abogada Especialista y candidata a Maestra LIZBETH BARRERA RODRÍGUEZ.

El otro trabajo, es el destinado a la problemática del Daño y la reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz, editado por el Proyecto Pro-fis de la Agencia Alemana GTZ, que de seguro servirá mucho a los operadores jurídicos de Justicia y Paz para enfrentar los problemas que se puedan presentar con ocasión del trámite del incidente de reparación que contempla la Ley 975 de 2005; el texto es comentado con una exposición realizada por la suscrita con ocasión de lanzamiento del mismo en las dependencias de la Universidad el pasado mes de septiembre.

Claudia López Díaz
22 de noviembre 2010.

Normas A.P.A.

Wolffhügel Gutiérrez, C., (2010), El principio de complementariedad en el estatuto de la CPI: una primera aproximación. [Versión electrónica] consultado día- mes- año:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Principio-de-complementariedad-CPI-Christian-wolffhugel-gutierrez.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 9.

Normas Icontec

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. El principio de complementariedad en el estatuto de la CPI: una primera aproximación. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Principio-de-complementariedad-CPI-Christian-wolffhugel-gutierrez.pdf

II. Sección de Doctrina

EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE LA CPI: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ*

I. INTRODUCCIÓN

Quizás, el primer juicio internacional de que se tenga noticia en el ámbito del Derecho penal internacional es el de PETER VON HAGENBACH llevado a cabo en el año de 1474; en el mismo, aquél resultó condenado y fue decapitado al ser hallado culpable de la realización de crímenes de guerra y diversas atrocidades cometidas durante la ocupación de Breisach, Alemania (SCHABAS, 2007). Éste, a su turno, adujo como defensa, el hecho de haber recibido órdenes superiores de Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña (NTANDA NSEREKO, 1999); de allí, se infiere que es dual la relevancia de este antecedente: de un lado, por irrumpir como el primer juicio internacional; y, del otro, por erigirse en un referente en tratándose de la discusión en el marco de la orden del superior jerárquico en el escenario de las justificantes.

No obstante, la primera propuesta sería tendente a la redacción de los estatutos para un tribunal penal internacional de carácter permanente, proviene de MOYNIER –otrora presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja– quien, en una reunión de dicho ente celebrada el día tres de enero 1872, así lo planteó (Keith Hall, 1998). Sin embargo, tuvo que transcurrir más de un centenario para que

* Docente Investigador, Universidad Sergio Arboleda. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación intitulado “La Corte Penal Internacional y el proceso de paz colombiano”, avalado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda y el «Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”», dirigido por el Prof. Dr. KAI AMBOS, catedrático de la Universidad de Göttingen, Alemania.

en 1998 se creara la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), cuyo plexo normativo se incorporó al ordenamiento colombiano por medio de la ley 742 de 2002, previa modificación del contenido del artículo 93 de la Carta Política, de cara a permitir la inclusión de sus contenidos normativos en el ordenamiento interno y evitar, así, eventuales contradicciones con lo dispuesto en el texto constitucional (APONTE, 2007).

En esta línea de razonamiento, uno de los elementos de mayor relieve en esta dinámica es el atingente al principio de complementariedad, cuya primera aproximación se pretende dilucidar en esta exposición

II. UN ANTECEDENTE INELUCTABLE

El punto de partida que en esta materia se debe explorar, reside en determinar cómo los tribunales *ad hoc* –creados mediante resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con el capítulo VII de la Carta– han plasmado el problema derivado de la concurrencia de competencias que, en cuanto a la comisión de crímenes nucleares, tienen las jurisdicciones nacionales *versus* los tribunales internacionales.

Al respecto, paradigmáticos resultan dos referentes: el primero, consignado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que, en su artículo 9 –**competencias concurrentes**–, dispone que el Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario; pese a ello, esa ilusoria paridad, es decidida en favor del tribunal internacional, toda vez que el mismo artículo es categórico al sostener que aquél tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. Es más –subraya la norma–, en cualquier estadio del procedimiento, es factible solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor.

El segundo caso, se encuentra consignado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, que con similar contenido resuelve, en su artículo 8, la primacía a favor del tribunal internacional.

De esta manera, pues, fluye con claridad la prelación de la jurisdicción internacional, habida cuenta de que ambos tribunales fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el restablecimiento de la paz (OLÁSOLO, 2009).

III. EL CAMBIO DE RUMBO

Como bien se sabe, la creación de la CPI, a la inversa de los tribunales *ad hoc*, emana de un tratado internacional; lo anterior, implica necesariamente que la relación entre aquélla y los estados se rija por postulados diferentes a los decantados en los mentados foros (OLÁSULO, 2009).

En esa línea de análisis, la comisión de Derecho Internacional que elaboró el Proyecto de 1994 del Estatuto de la CPI, dejó abierta la pregunta relativa a la relación entre la nueva Corte y los tribunales nacionales (DOHERTY & MCCORMACK, 1999); empero, en los trabajos preparatorios existía un amplio consenso entre los delegados en el sentido de que la jurisdicción de la CPI y las jurisdicciones nacionales, no deberían ceñirse fielmente a las directrices de los modelos *ad-hoc*, que –como se dijo– otorgaban primacía a los Tribunales Internacionales (GÓMEZ).

Así las cosas, en los susodichos trabajos preparatorios (QUESADA, 2005), se presentaron dos posibilidades alternativas de prever el fenómeno, a saber: De un lado, se planteó la *complementariedad simple* por cuya virtud se otorgaba preeminencia a las jurisdicciones nacionales; se trató, sin duda, de la corriente que se llamó “*estados pro-soberanía*” los cuales no deseaban que la Corte tuviera el señorío de cuestionar sus procedimientos judiciales (nacionales). Desde esa óptica, se consideró que la CPI terminaría procediendo como una Corte de apelación y, por ende, resultó evidente que la CPI únicamente debería tener competencia cuando un sistema judicial nacional no pudiera investigar o enjuiciar a los presuntos responsables.

De otro lado, se esgrimió la postura de aquellos estados que eran partidarios de que la CPI tuviera un campo de acción más amplio; a este grupo se le llamó, con razón, “*estados integracionistas*” cuyo objetivo fue el de imposibilitar a toda costa, cualquier cariz de impunidad para aquellos criminales presentados ante tribunales y que, mediante procesos fraudulentos, pudieran soslayar la acción de la justicia.

En una línea similar de reflexión, se pretendió la inclusión de una *jurisdicción inherente* que le permitiera a la Corte ocuparse de determinados casos alusivos a crímenes de extrema gravedad (BROWN, 1998), bajo el criterio de los intereses de la justicia¹.

¹ Ahora bien, anótese que en relación con el término “intereses de la justicia” no hay consenso entre los estudiosos en torno a sus alcances y significado

Finalmente, después de muchos debates, se optó por la primera tesis, esto es, se acuñó un criterio de *complementariedad simple* en virtud del cual la jurisdicción nacional tiene primacía sobre la CPI lo que, de contera, limita –dramáticamente según algunos (BROWN, 1998)– la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, el asunto va más allá: se trata de una *primacía formal* de las jurisdicciones nacionales, cuyo cometido es buscar que en el contexto nacional se adelanten las investigaciones y enjuiciamientos de los crímenes más graves; y, así mismo, se le asigna a la CPI una *primacía material* en aquellos asuntos en los que las jurisdicciones nacionales son incapaces de actuar o cuando ellas demuestran la falta de disposición para investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes nucleares (OLÁSULO, 2009).

Lo dicho pone de manifiesto que la regulación de los aspectos sustantivos atinentes a la aplicación del Principio de Complementariedad, en el Estatuto de Roma, gravita en el delicado equilibrio que se debe encontrar entre la prerrogativa otorgada a las jurisdicciones nacionales y la facultad de supervisión que sobre éstas se reconoce a la CPI. Así, entonces, si la balanza se inclina a favor de las primeras, se corre el riesgo de que ciertas conductas queden impunes y de menoscabar los derechos de las víctimas; no obstante, si acontece lo contrario, esto es, se prioriza la facultad de supervisión reconocida a la CPI, se corre el riesgo de que ella sea utilizada como un instrumento que sirva para referirse al funcionamiento eficaz o ineficaz de las justicias nacionales (DELGADO & MARTÍN, 2001).

IV. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

A esta altura de la exposición se puede, pues, vislumbrar con toda claridad que la jurisdicción de la CPI tiene carácter complementario. Ahora bien, este talante se evidencia –amén de otras disposiciones–, por una parte, en el Preámbulo del Estatuto que en su párrafo

(AMBOS, 2008); no obstante, ROBINSON (2003) en relación con el significado de la expresión “intereses de la justicia”, hace un planteamiento en cuya virtud la CPI enfocará sus baterías sobre las cúpulas de las organizaciones, pues no es lo mismo para la sociedad el tratamiento que se le dé a quien creó tal situación, que el dispensado a los autores de un bajo perfil. Así, entonces, la preocupación girará en torno a las cúpulas, a su actividad (AMBOS, 2004), pues, según STAHN (2005), se encaminará la persecución hacia un número selecto de victimarios de alto nivel.

décimo no duda en enfatizar que la CPI será *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales y, por otra parte –desde luego: con mayor rigor y claridad–, en el artículo primero del Estatuto según el cual la CPI ejerce su jurisdicción respecto de los crímenes más graves –aquellos que no sean «los más graves», quedarán en manos de las jurisdicciones nacionales (QUESADA, 2005)– y, además, que tiene un carácter *complementario* de las jurisdicciones penales nacionales.

Aunado a ello, es menester acentuar que la determinación del talante complementario de la CPI además está contenido en el artículo 17 del Estatuto, cuyo cometido principal es regular la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales; se trata, sin duda, de una importantísima disposición en la cual se señalan los criterios que se deben tener en cuenta para que un asunto sea o no admisible (EVANS, 1999). A ese propósito, busca un equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados y el interés de la comunidad internacional, erigiéndose en la disposición más importante del Estatuto en lo atinente a los Estados parte (AMBOS, 2008); por lo mismo, con razón, se ha dicho que se trata de una de las piedras angulares de la CPI (MEYER, 2006).

De esta manera, entonces, la teleología de la complementariedad reside en que la CPI pueda ejercer su jurisdicción penal donde las cortes nacionales fracasan al actuar (BURKE–WITHE, 2005); por ello, la CPI ha dicho que si bien su objetivo es el de poner fin a la impunidad, no reemplaza las jurisdicciones nacionales (cfr. *The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor’s application for warrant of arrest*, párr 44).

Así, pues, la presunción a favor de las jurisdicciones nacionales sólo se desvirtúa cuando en el ejercicio de la facultad de supervisión que se reconoce a la CPI sobre éstas, se determine que el Estado que tiene jurisdicción para actuar en un asunto determinado no tenga disposición o capacidad para hacerlo (QUESADA, 2005).

En esta línea de análisis, corresponde trazar un estudio normativo del art. 17, esto es, decantar el test de complementariedad que, de acuerdo con AMBOS (2008), se mide por la calidad de los procesos y la falta de voluntad e incapacidad del modelo doméstico.

Así, pues, la norma aludida inserta las diversas cuestiones relativas a la admisibilidad de los asuntos ante la CPI; a este propósito se analizarán, *grosso modo*, algunas de ellas.

A) La falta de voluntad o ausencia de disposición. En relación con ésta –dice la doctrina (AMBOS, 1999; OLÁSULO, 2009)– se observan tres hipótesis, a saber: en primer lugar, aquellos casos en los que un Estado incorpore un procedimiento sólo aparente, con el propósito de sustraer a la persona interesada de la persecución penal; en esta cuestión se evidencia, por demás, la mala fe del estado –que es el núcleo al valorar la falta de voluntad– para no adelantar la investigación (AMBOS, 2008).

En segundo lugar, cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; y, en tercer lugar, cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. Se trata, pues, de casos en los que se manipula políticamente al sistema judicial con el fin de generar impunidad en relación con los autores de los crímenes (AMBOS, 2008).

Ahora bien, el asunto es de difícil comprobación habida cuenta de que la carga de probar dicha situación le corresponde a quien alega la falta de disposición y, en ese sentido, toda la información al respecto no será de fácil acceso; por ello, con razón, se ha dicho (QUESADA, 2005) que teniendo en cuenta las posibles consecuencias políticas de evaluar los sistemas judiciales internos, parece claro que el enfoque que se impondrá será aquel en virtud del cual la Corte sólo va a constatar la falta de disposición de un Estado, en los supuestos en que se sienta apoyada por la comunidad internacional.

B) La incapacidad de persecución. En este punto, se evidencia un escenario en el cual se configura un colapso total o sustancial de la jurisdicción nacional, como sucede –por ejemplo– cuando no se consigue hacer comparecer al acusado o no se logran proporcionar los medios de prueba necesarios. Al respecto, se entrevén tres espacios: (1) o bien el sistema judicial nacional no puede hacer comparecer al acusado; (2), o bien no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios para enjuiciarlo; (3) o, bien no está en condiciones de llevar a cabo el juicio por otras razones (QUESADA, 2005). Así mismo, puede tratarse de situaciones en las cuales ni siquiera exista un sistema judicial o no esté disponible (AMBOS, 2008).

La hipótesis de un colapso total o sustancial de la administración estatal de justicia podría visualizarse, por ejemplo, cuando los aliados ocuparon Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial, lo cual hacía inviable que el impulso a un procesamiento de los crímenes internacionales se apoyara en la estructura superviviente

de ese país; o, en el caso de Ruanda, que motiva la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de establecer un Tribunal Penal Internacional, para conocer los delitos de genocidio, de lesa humanidad y las violaciones al art. 3° común a los Convenios de Ginebra y al art. 4° del Protocolo Adicional II. En tales situaciones, era evidente que no podía exigirse a dichos Estados que interviniera su aparato de justicia penal pues ya no existía o estaba esencialmente destruido (GRAMAJO, 2003).

Con todo, hay quienes entienden (NTANDA NSEREKO, 1999) que los únicos argumentos por cuya virtud la jurisdicción de la Corte puede ser desafiada se reducen a tres: En primer lugar, aquellos casos en los cuales el estado ejerza o haya ejercido su jurisdicción; en segundo lugar, por vía del *ne bis in idem*; y, en tercer lugar, las reglas derivadas del *de minimis non curat*. Sin embargo, se trata de referentes generales que no pueden erigirse en apotegmas absolutos toda vez que el mismo Estatuto prevé que, a pesar de existir investigaciones en curso, es posible que el caso sea admisible cuando luego de la investigación, la decisión del Estado de no enjuiciar a la persona de que se trate obedezca a que el Estado no esté dispuesto a que ella sea llevada ante la justicia. Dígase, por ejemplo, las exenciones *ex post* que podrían demostrar que el juicio no fue genuino (AMBOS, 2008).

Aunado a ello, en cuanto al test de la falta de voluntad e incapacidad, vale la pena –a título de breve digresión– señalar que de cara a un proceso de paz, el resultado depende de la seriedad del compromiso del gobierno hacia la paz como objetivo supremo del proceso y, además, de la búsqueda de la justicia para las víctimas en cuanto ella sea posible sin poner seriamente en peligro la paz (AMBOS, 2008).

Así, pues, la jurisdicción de la CPI se activará y ejercerá, únicamente, por virtud de la inacción, la falta de disposición y/o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales (OLÁSULO, 2009). Por ello, a los estados se les da, según ROBINSON (2003), la primera oportunidad para procesar.

C) La suficiente gravedad. A este propósito, se debe decir que a pesar de la gravedad que *per se* implican los crímenes de competencia de la CPI, el artículo 17 (1) (D) exige un umbral adicional que se debe analizar. En efecto, de un lado, en la iniciación de una investigación de una situación; y, del otro, en el caso o casos que de allí resulten (AMBOS, 2008; The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor's application for warrant of arrest, párr 44).

En este asunto, entonces, se deben tener en cuenta los siguientes presupuestos (AMBOS, 2008): (1) la naturaleza de los crímenes –la sistematicidad y generalidad–; sin embargo, en relación con el crimen de genocidio se ha dicho (RODRÍGUEZ & VILLASANTE 2008) que, a diferencia de los restantes atentados de competencia de la Corte, no es necesario establecer un “umbral” como lo hace el Estatuto en los crímenes de lesa humanidad; en línea similar, también se dice (AMBOS, 2008) que la específica exigencia de *mens rea* en el crimen de genocidio alcanza el umbral al que se hace alusión; (2) el modo de comisión. Y, (3) el estatus de los presuntos responsables, estándar en relación con el cual tanto la Fiscalía de la CPI como la Sala de Cuestiones Preliminares I, han sostenido que la CPI solo ejerce su jurisdicción personal frente a los líderes políticos y militares que tengan mayor responsabilidad (OLÁSOLO, 2009; *The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor’s application for warrant of arrest*, párr 44).

V. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

De cara al asunto objeto de debate, debe recordarse que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre ello en especial en una de sus decisiones (cfr. Sentencia C-578 de 2002), en la cual se precisó:

En primer lugar, frente a la “falta de disposición” –que está contenida en el artículo 17.2.– destaca que se trata de supuestos en los que el Estado ha ejercido o dejado de ejercer su competencia para juzgar, con la intención de sustraer de la justicia a la persona implicada, de suerte que se produce impunidad frente a los hechos que configuran alguno de los crímenes de competencia de la CPI.

Por otra parte, en segundo lugar y en relación con la incapacidad, sostiene –como ya se dijo– que un Estado es “incapaz” de juzgar a la persona de que se trate, cuando existe un colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia del Estado, en virtud del cual no pueda hacer comparecer al acusado, o no disponga de las pruebas y los testimonios necesarios para ello o, en fin, por otras razones no esté en condiciones de llevar a cabo un juicio. Las expresiones “total” o “sustancial” –dice el Foro Constitucional– cualifican la dimensión del colapso que justifica que la CPI pueda complementar al Estado en el ejercicio de su jurisdicción. Así, entonces, aquellas

incapacidades que no sean, a lo menos, sustanciales impiden la aplicación del principio de complementariedad.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de la incapacidad para investigar o enjuiciar derivada del colapso total o sustancial de la justicia nacional, la Corte Constitucional emprende una labor hermenéutica frente a la expresión “otras razones” –distintas de no poder hacer comparecer al acusado o no disponer de las pruebas y testimonios necesarios– y encuentra que esta locución es demasiado indeterminada; sostiene, además, que carece de referentes objetivos, de criterios para evaluar si una situación impide llevar a cabo el juicio, de elementos temporales acerca del surgimiento, permanencia e irreversibilidad de dicha situación, así como de directrices para corroborar su existencia.

Sin embargo, también entiende que es difícil anticipar todas las razones indicativas del colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado y, por lo mismo, sugiere que para establecer si existen “otras razones” por las cuales el Estado no puede investigar o enjuiciar a una persona, se debe acudir a hechos que demuestren la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo hasta aquí dicho se infieren los siguientes planteamientos que, en plan de fomentar el debate sobre tan importante asunto, se consignan a continuación:

En primer lugar, es evidente que acorde con el estatuto de la CPI este organismo no busca arrogarse la competencia en relación con los hechos cuya investigación corresponda a los tribunales nacionales.

Así mismo, en segundo lugar, el principio de complementariedad está llamado a servir como apotegma que señale un necesario equilibrio entre la CPI y las jurisdicciones nacionales.

Además, en tercer lugar, se pone de presente que la primera opción para investigar los crímenes nucleares está en cabeza de las jurisdicciones nacionales; sin embargo, esta primacía no es absoluta porque un Estado pierde su preponderancia cuando se manifiesta la falta de voluntad o la incapacidad de ejercer su jurisdicción sobre un determinado caso.

Con todo, en cuarto lugar, la admisibilidad de una situación dada ante la CPI se puede dar así se adelanten investigaciones por parte de los tribunales nacionales, si se demuestra la configuración de alguna de las circunstancias que prevé el art. 17 del Estatuto.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, KAI: "Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia", En: *Seminario internacional Corte Penal Internacional instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, Fundación país libre y Konrad – Adenauer- Stiftung, 2004.

AMBOS, KAI: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Editorial Temis, 2008.

AMBOS, K. & GUERRERO, O.: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

APONTE, ALEJANDRO: "El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano", En: *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Contribuciones de América Latina y Alemania*, Bogotá, Georg August Universität–Göttingen, Konrad Adenauer- Stiftung y Temis, 2007.

BROWN, BARTRAM S.: "Primacy of Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals". *23 Yale Journal of International Law* 383, 1998.

BURKE - WITHE, WILLIAM: "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo", *Leiden Journal of International Law* 18, págs. 557–590, 2005.

Corte Constitucional Sentencia C-578 de 2002.

DOHERTY, KATHERINE & MCCORMACK TIMOTY: "Complementarity" as a catalyst for comprehensive domestic penal legislation. *Davis J. Int'l L & Policy* 147, 1999.

EL ZEIDY, MOHAMED M.: "The Principle of Complementary in International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, Cambridge: Oct 2006. Vol. 19, Iss. 3; pág. 741, 2006.

EVANS, DAVID RHYS: *Amnesties, pardons and complementarity: does the international criminal court have the tools to the end impunity?*, 1999.

GÓMEZ-ROBLEDO, A. (s.f.): *Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional*. Recuperado el 6 de julio de 2009, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/479/27.pdf>

GRAMAJO, J.: *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

HUMAN RIGHTS WATCH POLICY PAPER: *The meaning of "the interests of justice" in article 53 of the Rome Statute*, 2005. Recuperado 10 de marzo en: <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>

KEITH HALL, CHRISTOPHER: "La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente", *Revista Internacional de la Cruz Roja* No 145, págs. 63-82, 1998.

LIROLA DELGADO, I. & MARTÍN MARTÍNEZ, M.: *La Corte Penal Internacional Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.

MEYER, FRANK: "Complementing Completeness", *International Criminal Law Review* 6, 549-583, 2006.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR: *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009.

QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

ROBINSON, DARRYL: "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *EJIL* Vol. 14 No 3, págs. 481-505, 2003.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Coord), *JL Derecho Internacional Humanitario*. Valencia, Tirant Lo Blanch/Cruz Roja Española, Segunda Edición, 2007.

SCHABAS WILLIAM: *An Introduction to the International Criminal Court*, Third Edition, Cambridge University Press, 2007.

The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor's application for warrant of arrest.



Normas A.P.A.

Téllez Rodríguez, L., (2010), El irrespeto a cadáveres en la legislación penal colombiana: un delito contra el descanso eterno. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/irrespeto-cadaver-Felipe-tellezDP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 21.

Normas Icontec

TÉLLEZ RODRÍGUEZ, Luis. El irrespeto a cadáveres en la legislación penal colombiana: un delito contra el descanso eterno. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/irrespeto-cadaver-Felipe-tellezDP4.pdf

EL IRRESPETO A CADÁVERES
EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA:
UN DELITO CONTRA EL DESCANSO ETERNO

LUIS FELIPE TÉLLEZ RODRÍGUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la disciplina del Derecho Penal el estudio constante de la legislación es de capital importancia para lograr la consecución de su finalidad. Esto es, si quiere alcanzar la efectiva protección de los bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y, de esa manera, procurar una ordenada convivencia social¹, es indispensable que un considerable sector de las personas sometidas a la ley penal –y que además la ejercen– dediquen sus esfuerzos a analizarla por medio del ejercicio dogmático que se desarrolla en tres momentos íntimamente conectados: interpretación, sistematización, y crítica².

Con esa pretensión, el presente texto busca evaluar y retroalimentar la ley penal para determinar sus fortalezas, falencias y el alcance de los presupuestos que consagra, de cara al examen de las normas penales completas que contiene la figura del irrespeto a cadáveres con sus correspondientes consecuencias jurídicas, al tenor de lo señalado en el art. 204 del C. P.³.

* Trabajo elaborado en la cátedra de Derecho Penal Especial I, Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; agradezco al Profesor Fernando Velásquez V., la revisión integral del texto.

¹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND: *Tratado*, pág. 2; GUILLAMONDEGUI, “Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”, págs. 1 y ss.

² VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 4^a ed., pág. 16.

³ El respectivo tenor legal había sido adicionado por el art. 33 de la Ley 1153 2007 (*por medio de la cual se estableció el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal*), de la siguiente manera: “El que sustraiga el cadáver de

A tal efecto, se comienza con el examen de algunos necesarios precedentes históricos sobre la materia; en segundo lugar, se estudian los antecedentes de las actuales previsiones legales en el Derecho penal colombiano. En tercer lugar, se abordan algunos referentes del derecho comparado; además, en cuarto lugar, se hace un examen de las dos normas penales completas que consigna el legislador, con sus respectivos supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. Para terminar, en quinto lugar, se plasma la bibliografía consultada.

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS

De cara a ubicar la construcción académica en examen, es de vital importancia resaltar el valor que los cadáveres han representado para los hombres de todas las culturas y de todos los tiempos. Por ello, se hace una breve referencia a las culturas que determinan en nuestra tradición occidental un punto de referencia más cercano, a saber: la griega, la egipcia y la romana.

A. El funeral griego. Como es bien sabido, a través de todas las eras los hombres se han preguntado: ¿qué pasa después de la muerte? Y con el devenir de la Historia, ellos han logrado identificar, por su desenvolvimiento sociológico, que el ser humano posee una vocación metafísica, es decir, han desarrollado la percepción de que al cesar de forma total las funciones fisiológicas del cuerpo, la dimensión espiritual del ser humano no perece, sino que o bien permanece dentro de ese *yerto receptáculo* o bien ha sido transportado a una región diferente de la existencia⁴; con razón, pues, se ha dicho que “ya desde la infancia todos tenían la noción de vida futura”⁵.

En el caso de la cultura griega, tal región se denominó *El Hades*, lugar custodiado por el perro de tres cabezas Cerbero y al que accedían todos los espíritus para nunca más salir. En este punto, las almas

una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa de dos (2) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si el agente persigue finalidad de lucro, la multa será de cuatro (4) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”; dicha disposición, sin embargo, fue declarada inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante sent. C-879 de diez septiembre 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Cfr. DE COULANGES, *La ciudad antigua*, págs. 1 y ss.

⁵ *Ibíd.*, pág. 5.

eran enviadas a gozar del Paraíso si habían llevado una buena vida y sus familiares les habían proporcionado un funeral apropiado, caso contrario, se enfrentarían al tormento eterno.

Los funerales griegos, según relata la evidencia arqueológica, eran acontecimientos fastuosos que abarcaban solemnes procesiones, música y rigurosos rituales. En este sentido, se pedía a las mujeres dolientes que cortaran su cabello y arañaran sus mejillas para hacerlas sangrar, y las familias solventes contrataban generosos grupos de plañideras que, mientras lloraban con lamentos, acompañaban el cortejo rasgándose la ropa y arrancándose el cabello. Y, además, se señalaba el lugar de la deposición del difunto con lápidas pintadas o bellamente labradas en mármol.

Sin embargo, en otras ocasiones, según la posición socioeconómica del fallecido, se elaboraban sarcófagos decorados en los que se colocaba el cadáver y sobre el cual se arrojaba tres puñados de tierra para evitar que el espíritu se fugara, aunado a lo cual se disponía una cantidad considerable de alimentos, vestiduras y jarras con aceite como ofrendas al difunto para que de ellos se sirviera en la otra vida (eran los recipientes conocidos como *Lékithos* o *Lécitos*), porque para estas culturas “el ser que vivía bajo tierra no estaba bastante emancipado de la humanidad para no tener necesidad de aliento”⁶.

Tan importante era recibir sepultura que, como se recordará, cuando Chabrias, el célebre guerrero ateniense del Siglo IV a. C., no persiguió a los lacedemonios vencidos por dar sepultura a los soldados muertos, los atenienses condenaron a pena capital a los diez vencedores que no enterraron a los muertos⁷. En efecto, para los griegos era inconcebible dejar abandonados a sus deudos, había entonces que disponer una moneda en la boca del cadáver para que, luego de que Hermes –el mensajero de los dioses– acompañara el espíritu del difunto hasta las orillas del Estigia, para que Caronte –el barquero del inframundo– lo condujera a la *morada eterna* y cobrara su moneda, pues de no portarla, se condenaría a este espíritu a vagar por las orillas del mismo río eternamente. Acompañarlos en este *último viaje* era un deber que redundaba en su propio beneficio, pues lo que ellos habían hecho con sus abuelos, sus hijos lo harían con ellos. Con los templos, las tumbas eran consideradas los recintos más sagrados.

⁶ *Ibíd.*, pág. 5.

⁷ HERVÁS Y PANDURO, *Historia de la vida del hombre*, pág. 91.

B. Las tumbas egipcias. Asimismo, esta vocación de sacra eternidad fue un referente marcado en la cultura del antiguo Egipto, donde la costumbre de la preservación de los cadáveres por medio de la momificación hizo famosos a los embalsamadores, sin perjuicio de las demás culturas de Asia y de América que también tenían, a su modo, como imperativo realizar este tipo de preparativos en los cuerpos de sus difuntos. En este milenario lugar, según relata el historiador Herodoto⁸ –porque antes de él no había libro escrito que relatara el ritual del embalsamamiento–, seguían un estricto procedimiento para extraer todos los órganos del cuerpo. Empezaban por retirar al cerebro con unos ganchos para poner en el interior ingredientes; luego, abrían los ijares con una piedra cortante proveniente de Etiopia para así tomar las vísceras, depositarlas en los canopes y lavar la cavidad con vino de palma para luego colocar allí mirra y aromas, salvo incienso, y coser la abertura; después, dejaban *adobar* el cadáver en natrón por setenta días, para que cumplido el tiempo se le lavara y después se le cubriera con vendas, entre cuyos pliegues se ponía amuletos, y se las sellara con una resina especial.

Surtidos estos procedimientos, el cadáver era puesto en el sarcófago para ser llevado en la procesión que éste mismo encabezaba. Lo seguían el cofre con los canopes, sus familiares y amigos, y, en ciertas ocasiones, un cortejo de personas danzantes que celebraban el paso del difunto a la vida eterna, a la par de un grupo de plañideras que se arrancaban los cabellos y se golpeaban el pecho en señal de duelo. Al término de ésta ceremonia, el sacerdote abría la boca del sarcófago para devolver al difunto los sentidos de manera que pudiera beber y alimentarse en la otra vida.

De la misma manera, este sacerdote ponía en la boca abierta del sarcófago una moneda para pagar al barquero Makhaf, quien transportaba el cuerpo yerto por un río de manera que el espíritu llegara a la *otra vida*, porque –como se ha dicho– si bien “huyen los egipcios de los usos y costumbres de los griegos y, en una palabra, de cuantas naciones viven sobre la faz de la tierra; conservan este principio común a todos ellos: consideran que en el cadáver hay algo sobre humano”⁹.

Tan grave era la preocupación por preservar las tumbas de toda violación que a su entrada se disponía una cantidad considerable de

⁸ Cfr. HERODOTO, *Los nueve libros de la historia*, págs. 182-184.

⁹ *Ibíd.*, pág. 184.

advertencias –generalmente maldiciones– para evitar que los *visitantes irregulares*, como los ladrones y los arqueólogos, interrumpieran el descanso de los muertos. Baste para ello recordar la famosísima leyenda sobre la *Maldición de Tutankamón*, cuando en el inicio del Siglo XX murieron Lord Carnarvon y el egiptólogo Howard Carter luego de abrir la tumba de este faraón; algunos interpretaron que era un castigo divino que sobrevino como consecuencia de esta profanación y otros atribuyeron el suceso a cierta especie de hongos dañinos cuya descomposición genera gases letales –hipótesis que algunos estudios científicos respaldan¹⁰.

C. *El ritual funerario romano.* Ahora bien, teniendo en cuenta que, como expresa GALEANO CUENCA, “la muerte es concebida en la Antigüedad, particularmente en Roma, como uno de los ritos que junto al nacimiento y al matrimonio, está rodeado de un ceremonial específico”¹¹, y que nuestra tradición jurídica está ineluctablemente vinculada al Sistema de Derecho Continental, es imperativo –como ya se anticipaba– mencionar, al menos, los principales elementos del ritual funerario romano, pues aunque los dogmas de la religión de la muerte –instituida por el gran pueblo romano– han podido extinguirse prestamente, sus ritos han perdurado hasta el triunfo del cristianismo¹².

Así, pues, los romanos guardaban, como herederos de la cultura helénica por Eneas¹³, la misma creencia sobre el río Estigio (del Latín “*Stygius*” y éste del vocablo griego *Stygios* “*Styx*”, a su vez de *Stygos*, “odio” y *Stygnos*, “triste, oscuro”; “*el río del odio y de la aflicción*”), Caronte y el Hades, pero con una particularidad respecto del pueblo griego: vivían poco. Esto es, la esperanza de vida superaba difícilmente los cincuenta años y ya a los veintisiete se consideraba “de edad muy avanzada a los hombres”¹⁴, pues muchas mujeres jóvenes morían de parto, un tercio de los niños –aproximadamente– fallecía antes de cumplir los diez años y el resto de la población era víctima de múltiples enfermedades, por lo que quienes llegaban a la *vida adulta* ya habían enfrentado a la muerte, con seguridad, en varias oportunidades.

¹⁰ Cfr. GALLO, *Jugando con las palabras*, pág. 145; VALLEJO, *Los secretos del antiguo Egipto*, págs. 193 y 194.

¹¹ Cfr. GALEANO CUENCA, *Costumbres religiosas y prácticas funerarias romanas*, pág. 94.

¹² DE COULANGES, *La ciudad antigua*, pág. 10.

¹³ Cfr. *Ibid.*, pág. 162 y ss.

¹⁴ LOMAS SALMONTE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de Roma*, pág. 333.

Sin perjuicio de lo anterior, el pueblo romano había interpretado que sus ancestros al morir devenían en dioses –domésticos ciertamente, porque estos pertenecían a un culto familiar y privado por oposición a aquel público que se rendía en los templos votivos de Júpiter, por ejemplo–, y no era la apoteosis reservada a los *Padres fundadores*, Rómulo y Remo, o a los héroes épicos, muy por el contrario, entre los muertos no había distinción pues “nuestros antepasados –en palabras de Cicerón– han querido que los hombres que habían salido de nuestra vida se contasen en el número de los dioses”¹⁵.

Por ello, a la entrada de las viviendas, sin importar el estrato socioeconómico, siempre permanecía el *Larario*, un pequeño templo donde se veneraba e incluso adoraba la memoria de los antepasados. Y si bien el emperador romano era el *Sumo Pontífice* de la religión del Imperio, dentro del hogar sólo fungía como sacerdote el *Pater Familie*, y, dadas las circunstancias demográficas que se relataban en el párrafo inmediatamente anterior, el jefe de la familia romana se daba a la pronta tarea de enseñar a sus hijos el *culto doméstico* de manera que los espíritus de los antepasados, que se llamaron *Manes*, no vieran interrumpido su culto y se vieran avocados a “salir de sus tumbas”¹⁶ para atormentar a los vivientes.

Cuando algún romano moría, se organizaba –en el caso de las familias adineradas– un opulento y vistoso cortejo fúnebre: se oía los panegíricos en el Foro, luego se conducía el cadáver en un ataúd hacia el cementerio –siempre ubicado en un lugar alejado del centro urbano– en una procesión que presidía su familia a la que seguía el grupo de las plañideras, una banda ruidosa y algunos otros que llevaban máscaras de cera enseñantes del rostro de los antepasados más distinguidos del difunto. Una vez allí, en cumplimiento de la pretérita *Tabula Décima* –que algunos autores titulan “*De delictis publicis*”, *De los delitos públicos*– que así rezaba: “*Hominem mortuum in urbe nec sepelito nec urito*”¹⁷ (Al hombre muerto no se lo sepulte ni crema en la Urbe), se sepultaba el cadáver en un sarcófago de piedra o de mármol, y sobre cuyas lápidas se ofrecía comida fúnebre y se realizaba la libación del vino¹⁸; o se lo incineraba, con las vestiduras y menajes que pudiera necesitar el fallecido en la otra vida, sobre una pira de maderas seleccionadas –pues no todas eran sagradas–, y una

¹⁵ DE COULANGES, *La ciudad antigua*, pág. 10.

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 12.

¹⁷ Cfr. CANTÚ, *Historia universal*, pág. 399.

¹⁸ *Ibíd.*

vez consumido el cuerpo por las llamas, apagaban la hoguera con vino, recogían las cenizas y las guardaban en una urna preparada para el efecto, la que podía variar de material entre el mármol, la piedra o el cristal, que luego sería puesta en el *Columbarium*, o nichos para las urnas funerarias.

El pueblo romano, como ningún otro según recuerda HERVÁS Y PANDURO, supo legar a la Historia que “la muerte fue el primer misterio y ella elevó el pensamiento de los hombres de lo visible a lo invisible, de lo transitorio a lo eterno, de lo humano a lo divino”. Tan sólo quepa recordar cómo “en Julio César y Tito Livio se lee la detención de los ejércitos para dar sepultura a los muertos”¹⁹. He ahí, indubitadamente, la génesis de los sentimientos de temor, respeto y veneración debidos a los difuntos.

III. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Como ya se había dicho, el estudio de las figuras jurídico penales no puede ser entendido sin una previa y adecuada contextualización que ubique al analista de las mismas dentro de la tradición social y cultural –tal cual se hizo resaltar en el capítulo anterior–, porque es el motivador que las diversas conductas sean asuntos al espectro legal y, además, del devenir jurídico que la mismas ha detectado a través de los años, pues señalan con precisión las transformaciones de las que han sido objeto.

Las figuras del irrespeto a cadáveres que han motivado estos párrafos tienen una amplia gama de antecedentes en la legislación penal colombiana lo cual hace pensar que ellas, antes que nuevas o recientes, son ciertamente pretéritas. En efecto:

En el Proyecto de Código Penal de la República de Colombia de 1821, se les definió así: “Artículo 648. El que despoje a un cadáver para apropiarse de las vestiduras o efectos con que es conducido a la huesa, será castigado como si las robase con violencia a las personas, y pagará además una multa equivalente al tres tanto del importe de lo robado”. También, en el art. 649 se dijo: “El que a sabiendas abra o quebrante sepulcro o sepultura, bien para aprovecharse de sus materiales, bien para despojar al cadáver allí sepultado de sus vestiduras o efectos, bien para desenterrar sus restos o de cualquier otro modo, sufrirá un arresto de tres meses a

¹⁹ HERVÁS Y PANDURO, *Historia de la vida del hombre*, pág. 91.

un año, y pagará un multa de cinco a treinta duros, sin perjuicio de ser castigado como ladrón con violencia a las personas, si robare alguna cosa. / Exceptuáanse el caso de exhumación por orden de una autoridad legítima, y el de la apertura que pasado el tiempo competente hagan los encargados de los cementerios públicos conforme a los reglamentos o prácticas que rijan”.

Luego, en el Código Penal de la República de la Nueva Granada de 1837, también se expresó: “Artículo 726. *El que a sabiendas abra o quebrante sepultura o sepulcro con el objeto de deshonorar o ultrajar un cadáver o sus restos, sufrirá una prisión por seis meses a dos años i pagará una multa de cincuenta a doscientos pesos*”; “Artículo 727. *El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura para despojar al cadáver de las vestiduras o efectos con que es conducido a la huesa, o para aprovecharse de sus materiales, será castigado como si robase con violencia a las personas, i pagará además una multa equivalente al triplo del importe de lo robado*”. Además, se encuentran estas previsiones legales: “Artículo 728. *El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura con objeto otro objeto fuera de los expresados en los artículos anteriores, o de los casos de los artículos 347 i 348, sufrirá un arresto de dos a seis meses i pagará una multa de diez a cincuenta pesos*”; “Artículo 347. *El funcionario o empleado público que exhumare o mandare exhumar un cadáver con cualquiera motivo, siempre que no sea el de practicar un reconocimiento u otra diligencia judicial, después de veinticuatro horas i antes de haber pasado diez i ocho meses de su inhumación, sufrirá una multa de veinticinco a cien pesos*”; “Artículo 348. *La persona particular que exhumare un cadáver antes de dicho tiempo, o que aunque haya pasado este tiempo lo verifique sin la licencia del jefe político del cantón, sufrirá una multa de veinticinco a cien pesos, i un arresto de tres a quince días*”; “Artículo 349. *Si de la exhumación se siguiere algún daño a la salud pública a más de la multa sufrirán los reos en los casos de los dos artículos precedentes de seis meses a dos años de presidio*”.

Así mismo, en el Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1862 se expresó lo siguiente: “Artículo 569. *El que intencionalmente abra o quebrante sepultura o sepulcro, con el objeto de ultrajar o deshonorar un cadáver o sus restos, sufrirá una prisión de dos meses a dos años, i pagará una multa de cincuenta a doscientos pesos*”; “Artículo 570. *El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura para despojar al cadáver de las vestiduras o efectos con que es conducido a la huesa, o para aprovecharse del cajón o ataúd, o de sus materiales, o de los que conforman o adornan el sepulcro o sepultura, será castigado como si robase con violencia en las cosas, i pagará además una multa igual en valor al triplo de lo robado*”; de igual modo, el art. 571 señalaba: “*El que abre o quebranta sepulcro o*

sepultura con cualquiera objeto diverso de los expresados en los artículos anteriores, i fuera de los casos de que trata el título 8.º libro 3.º, sufrirá un arresto de diez a treinta años, además de indemnizar el daño que cause al dueño del sepulcro”.

También, en el Código Penal del Estado Soberano de Antioquia de 1867 la Asamblea Legislativa dijo: *“Artículo 668. El que a sabiendas abra o quebrante sepultura o sepulcro con el objeto de deshonorar o ultrajar un cadáver o sus restos, sufrirá una reclusión por seis meses a dos años i pagará una multa de cincuenta a doscientos pesos”; “Artículo 669. El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura para despojar al cadáver de las vestiduras o efectos con que se le [sic] condujo a la huesa, o para aprovecharse de sus materiales, será castigado como si robase con violencia a las personas, i pagará además una multa equivalente al triple del importe de lo robado”.*

Igualmente, por la misma fecha, el Congreso dio a la Unión el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Ley 112 publicada en el Diario Oficial, Año IX, Núm. 295, Viernes 25 de Julio de 1873) al tipificar la referida conducta en los siguientes términos: *“Artículo 539. El que a sabiendas abriere o quebrantare sepultura con el objeto de deshonorar o ultrajar un cadáver o sus restos, sufrirá reclusión o presidio por cuatro meses a un año”; “Artículo 540. El que abriere o quebrantare sepulcro para despojar el cadáver de las vestiduras o efectos con que es conducido a la huesa, o para aprovecharse de sus materiales, será castigado como si robare con violencia a las personas, i pagará, además, una multa equivalente al triple del importe de lo robado”; “Artículo 541. El que abriere o quebrantare sepulcro para ejecutar autopsia o disección del cadáver sin consentimiento previo de los parientes inmediatos del difunto, o sin orden de la autoridad, cuando se trate de averiguar un delito, sufrirá arresto por uno a seis meses, o multa de veinte a cien pesos”.*

Texto legal al que siguió el Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1873 al consagrar lo citado a continuación: *“Artículo 506. El que intencionalmente abra o quebrante sepultura, sepulcro o mausoleo, con cualquier objeto que sea, sin orden de autoridad competente, sufrirá una prisión de uno a cuatro años”; “Artículo 507. El que abriere o quebrantare sepulcro, sepultura o mausoleo, para ultrajar o deshonorar un cadáver o sus restos, sufrirá la pena señalada en el artículo anterior, aplicada en su máximo”; “Artículo 508. Si fuere con el objeto de despojar al cadáver de las vestiduras o efecto con que es conducido a la huesa, o para aprovecharse del cajón o ataúd, o de sus materiales, o de los que forman o adornan el sepulcro o sepultura, será como si robase con violencia hecha a las cosas, i pagará,*

además, una multa igual en valor al triple de lo robado”; “Artículo 509. Los que causen cualquier otro daño en los cementerios públicos, nichos o sepulcros particulares, o que de cualquiera otra manera traten de destruir alguna parte de dichos objetos, o sustraigan de los lugares en que se depositan [sic] restos humanos, siempre que no sea necesario para ello el empleo de ninguna fuerza o violencia, serán castigados con la pena de uno a tres meses de arresto” y “Artículo 600. Si el que cometiere alguno de los delitos expresados en este capítulo fuere el cura de alguna parroquia, el celador del cementerio o algún otro funcionario o empleado público, bajo cuya guarda o vigilancia se encuentre el lugar en que se comete el delito, sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión i será privado del empleo”.

Igualmente, un año más tarde, al expedirse el Código Penal del Estado Soberano del Magdalena de 1874 se estatuyó: “Artículo 467. El que a sabiendas abriere o quebrantare sepultura con el objeto de deshonorar o ultrajar un cadáver o sus restos, sufrirá reclusión por cuatro meses a un año”; “Artículo 468. El que abriere o quebrantare sepulcro para despojar el cadáver de las vestiduras o efectos con que es conducido a la huesa, o para aprovecharse de sus materiales, será castigado como si robase con violencia a las personas, i pagará, además, una multa equivalente al triple del importe de lo robado”; Artículo 469. El que abriere o quebrantare sepulcro para ejecutar autopsia o disección del cadáver sin consentimiento previo de los parientes inmediatos del difunto, o sin orden de la autoridad, cuando se trate de averiguar un delito, sufrirá arresto por uno a seis meses, o multa de veinte a cien pesos”.

Sin embargo, luego de que se coronara la unificación nacional con la Constitución Política de 1886, obra máxima de la *Regeneración*, –según lo dispuesto en el Artículo J del Título XXI de sus Disposiciones Transitorias– se aplicó en adelante para todo el territorio colombiano el Código Penal del Estado Soberano de Cundinamarca expedido el 16 de Octubre de 1858²⁰, el cual consagró la estudiada figura así: “Artículo 553. El que a sabiendas abra o quebrante sepultura o sepulcro con el objeto de deshonorar o ultrajar un cadáver o sus restos, sufrirá una prisión por seis meses a dos años i pagará una multa de cincuenta a doscientos pesos”; “Artículo 554. El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura para despojar al cadáver de las vestiduras o efectos con que se le [sic] condujo a la huesa, o para aprovecharse de sus materiales, será castigado como si robase con violencia a las personas, i pagará además una multa equivalente al triplo del importe de lo robado”; “Artículo 555. El que abriere o quebrantare sepulcro o sepultura con cualquiera otro objeto fuera

²⁰ GONZÁLEZ, *Los doce códigos del Estado de Cundinamarca*, pág. 283.

de los expresados en los dos artículos anteriores, sufrirá un arresto de dos a seis meses i pagará una multa de diez a cincuenta pesos”.

Con el tiempo, llegó—ulterior al Código Penal de 1890—el Proyecto de Código Penal de la República de Colombia de 1927, el cual conservó la figura bajo la siguiente redacción: *“Artículo 114. Se castigará con reclusión por uno a tres años y con multa de cien a quinientos pesos al que cometiere acto de profanación de una persona o con sus restos, y a quien con un fin injurioso e ilícito sustraiga en todo o en parte los restos mortales de una persona o viole de cualquier manera una sepultura. /Se castigará con prisión por diez días a dos meses y con multa de cinco a cincuenta pesos a quien, fuera de los casos expresados en la parte que precede, sustraiga en todo o en parte el cadáver de una persona, o lo exhume sin la autorización debida o se apodere de sus restos. /Si el hecho lo comete un funcionario o empleado a cuyo cargo estuviere el cementerio o lugar de sepultura, en el cual se hubieren [sic] confiado a su custodia el cadáver o los restos, la pena será en el primer caso de reclusión por dos a cuatro años y de una multa de doscientos a mil pesos; y en el segundo, de prisión por veinte días a cuatro meses y multa de diez a cien pesos”.*

Estas normas penales, sin embargo, no rigieron y se expidió el C. P. de 1936, en cuyo art. 315 se dijo: *“El que cometiere acto de profanación en el cadáver de una persona o de sus restos, o el que con fin injurioso o ilícito lo sustraiga, o viole de cualquier manera una sepultura, incurrirá en prisión de seis meses a dos años”.*

Y, al concretarse la reforma penal en Colombia con el Decreto 100 de 1980, se consagró como punible el irrespeto a cadáveres así: *“Artículo 297. Irrespeto a cadáveres. El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. /Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte”.*

IV. ALGUNOS REFERENTES EN EL DERECHO COMPARADO

Ahora bien, según lo estudiado en el capítulo anterior, se puede afirmar ineluctablemente que la ley penal colombiana no ha dejado de proteger un solo día los recintos funerarios de los ciudadanos, pero contrario a lo que pudiera pensarse, la historia jurídico-penal de los pueblos latinoamericanos no es uniformemente adecuada a la tradición vernácula. Esto es, hay códigos penales en nuestros países vecinos que no consagran el irrespeto a cadáveres como una figura penal particular.

Es el caso del Código Penal Chileno (1874), el que en el Capítulo 10 (De los daños) de su Título IX (Crímenes y simples delitos contra la propiedad) no prevé la profanación propiamente dicha sino el “*Daño en tumbas*” –dentro del marco de la protección al bien jurídico del patrimonio y no al del respeto a los difuntos que otras legislaciones, como la nuestra, así consagran– según su Art. 485 del siguiente tenor: “*Serán castigados con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales los que causaren daño cuyo importe exceda de cuarenta unidades tributarias mensuales: [...] 7.º En tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos*” [Subrayas fueras de texto].

Asimismo, el Código Penal de la República Argentina (Ley 11.179 de 1984) sigue la línea marcada por el legislador chileno y sólo alude en su Título VI (Delitos contra la propiedad), Capítulos III (Extorsión) y VII (Daños), a que ciertas conductas detectan un mayor desvalor de acción (mayor grado de afectación al bien jurídico, en este caso de la propiedad), al erigir como punible los siguientes comportamientos: “*Artículos 183 y 184-5. - Será reprimido con prisión de tres meses a cuatro años [en vez de quince días a un año], el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañara una cosa mueble o inmueble [...] en tumbas*”; “*Artículo 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución*”.

Caso contrario, es el Código Penal Peruano (Decreto Legislativo 635 de 1991) consagra en el Capítulo I (Delitos contra la paz pública) de su Título XIV (Delitos contra la tranquilidad pública) como penalmente relevante las *Ofensas a la memoria de los muertos* bajo las siguientes previsiones legales: “*Artículo 318.- Ofensas a la memoria de los muertos. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años: 1. El que profana el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja. 2. El que turba un cortejo fúnebre. 3. El que sustrae un cadáver o una parte del mismo o sus cenizas o lo exhuma sin la correspondiente autorización. /”En el supuesto previsto en el inciso 3 del presente artículo, cuando el acto se comete con fines de lucro, la pena será privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal*”; “*Artículo 36.- Inhabilitación-Efectos. La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; [...] 4. Incapacidad para ejercer por cuenta*

propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; [...]".

Por su parte, el Código Penal de la República del Ecuador estatuye en el Capítulo II (De los delitos contra la libertad de conciencia y de pensamiento) de su Título II (De los delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial) la ofensa al cadáver de una persona en los siguientes términos: "*Artículo 177.- Los que ofendieren el cadáver de una persona, con acciones, palabras, emblemas o escritos, serán reprimidos con prisión de dos meses a un año y multa de cuarenta a cien sucres. [...]*" "*Los que colocaren sobre la tumba de una persona emblemas o escritos injuriosos, serán reprimidos con prisión de treinta a noventa días y multa de cuarenta a cien sucres*".

En el mismo sentido, el Código Penal Venezolano preceptúa en el Capítulo II (De los delitos contra la libertad de cultos) de su Título II (Delitos contra la libertad) el acto de profanación en los cadáveres bajo la siguiente redacción: "*Artículo 171. Cualquiera que cometa actos de profanación en el cadáver o en las cenizas de una persona y cualquiera que con un fin injurioso, o simplemente ilícito, sustrajere, fraudulentamente, el todo o parte de los despojos o restos mismos, o de alguna manera viole un túmulo o urna cineraria, será castigado con prisión de seis meses a tres años*"; "*Artículo 172. Cualquiera que fuera de los casos antes indicados, profanare total o parcialmente, el cadáver de alguna persona, lo exhumare, sustrajere o se apoderare de sus restos, será castigado con prisión de tres a quince meses. Si el hecho se ha cometido por el administrador o celador de un cementerio o lugar de sepulturas, o por persona a la cual se hubiere confiado la guarda del cadáver o de los restos, la pena se aumentará en una tercera parte en el primer caso, y en una cuarta parte en el segundo*".

Asimismo, agrega el legislador venezolano una peculiar circunstancia de agravación punitiva para el delito de hurto si este se produce en los lugares de reposo de los cadáveres al siguiente tenor [Título X (De los delitos contra la propiedad), Capítulo I (Del hurto)]: "*Artículo 452. La pena de prisión por el delito de hurto será de dos a seis años, si el delito se ha cometido: [...]* 2. *En los cementerios, tumbas o sepulcros, apoderándose ya de las cosas que constituyen su ornamento o protección, bien de las que se hallan sobre los cadáveres o se hubieren sepultado con éstos al mismo tiempo. [...]*".

Por su parte, el Código Penal Federal (1931) de los Estados Unidos de México determina de forma más taxativa las disposiciones atinentes al trato que merecen los restos inertes de las personas.

En el Capítulo Único (Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones) del Título Decimoséptimo (Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones) de este Código, se puede inferir que los bienes jurídicos protegidos, así no los mencione en la intitulación de los citados apartados, son no sólo la propiedad, el respeto a los muertos y el consecuentemente debido a los familiares de los difuntos, sino también la salubridad pública, pues el cuidado que exigen ciertas materias en descomposición no puede ser dejado por fuera de ninguna regulación legal. El referido articulado es del tenor siguiente: *“Artículo 280.- Se impondrá prisión de tres días a dos años o de 30 a 90 días multa: I.- Al que oculte, destruya o sepulte un cadáver o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darla o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o leyes especiales; II.- Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia. /En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio, y III.- Al que exhume un cadáver sin los requisitos legales o con violación de derechos”; “Artículo 281.- Se impondrá de uno a cinco años de prisión: I.- Al que viole un túmulo, un sepulcro, una sepultura o féretro, y II.- Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años”.*

Ahora, de un lado, al trasladar el presente documento su atención a otras legislaciones penales del Orbe, se encuentra con el Código Penal Español (Ley Orgánica 10 de 1995), el cual, en la Sección 2ª (De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos) del Capítulo IV (De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas) en su Título XXI (Delitos contra la Constitución), estatuye en el Art. 526 lo siguiente: *“El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.*

Y, establece este mismo Código, en el Capítulo III (De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) del Título XXIV (Delitos contra la comunidad internacional), en el Art. 612: *“Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin*

perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] 7.º Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada”.

De otro lado, el Código Penal Francés (Ley de 1 de Marzo de 1994) en su Libro II (De los crímenes y delitos contra las personas), Título II (De los daños a la persona humana), Capítulo V (De los daños a la dignidad de la persona), Sección 4 (De los daños al respeto debido a los muertos), expresa la misma preocupación por el respeto al reposo de los difuntos [*Las traducciones del Francés al Castellano son nuestras*]: “Artículo 225-17. *Todo daño a la integridad del cadáver, por medio de cualquier medio que sea, es punido con un año de prisión y una multa de 15.000 euros. /La violación o la profanación, por cualquier medio que sea, de tumbas, sepulturas, de urnas cinerarias o de monumentos dedicados a la memoria de los muertos es punida con un año de prisión y una multa de 15.000 euros. /La pena se aumentará a dos años de prisión y a 30.000 euros de multa cuando las infracciones definidas en el apartado precedente hayan estado acompañadas de daño a la integridad del cadáver. /*” Artículo 225-18. *Cuando las infracciones definidas en el artículo precedente hayan sido cometidas por razón de la pertenencia o de la no pertenencia, cierta o supuesta, de las personas fallecidas a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada, las penas serán aumentadas a tres años de prisión y a 45.000 euros de multa para las infracciones definidas en los dos primeros apartados del artículo 225-17 y a cinco años de prisión y a 75.000 euros de multa para aquella definida en el último apartado de ese artículo*”. “Artículo 225-18-1. *Las personas morales declaradas penalmente responsables, según las condiciones previstas por el artículo 121-2²¹, de las infracciones definidas en los artículos 225-17 y 225-18 incurrir, de la multa siguiendo las modalidades previstas por el artículo 131-38²²: Abrogado. 1). Las penas mencionadas en los numerales 2 a 9 del artículo 131-39. 2) La pena mencionada en el numeral 1 del artículo 131-39 para las infracciones definidas por el artículo 225-18. /La prohibición mencionada en el numeral 2 del artículo 131-39 se aplica a la actividad en el ejercicio o a la oportunidad del ejercicio de aquella infracción que ha sido cometido*”.

²¹ Dice así: “Las personas morales, a excepción del Estado, [...] son responsables por las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o por sus representantes [...]”.

²² Señala: “El porcentaje máximo de la multa aplicable a las personas morales es igual a un quintuple de aquel previsto para las personas físicas por la ley que reprime la infracción [...]”.

A su turno, el Código Penal Italiano (Regio Decreto No. 1398 de 19 de Octubre de 1930) estatuye en el Capítulo II (De los delitos contra la piedad de los difuntos) de su Título IV (De los delitos contra el sentimiento religioso y contra la piedad de los difuntos) lo siguiente respecto de la figura examinada [*Las traducciones del Italiano al Castellano son nuestras*]: “Artículo 407. *Violación de sepulcro. El que viola una tumba, un sepulcro o una urna será castigado con prisión de uno a cinco años*”; “Artículo 408. *Vilipendio de las tumbas. El que, en los cementerios o en otros lugares de sepultura, comete vilipendio de tumbas, sepulcros o urnas, o de cosas destinadas al culto de los difuntos, o en la defensa o decoración de los cementerios, será castigado con prisión de seis meses a tres años*”; “Artículo 409. *Interrupción de un funeral o servicio fúnebre. El que, fuera de los casos previstos en el artículo 405, impide o perturba un funeral o servicio fúnebre será castigado con prisión de hasta un años*”; “Artículo 410. *Vilipendio de cadáver. El que cometa actos de vilipendio sobre un cadáver o sobre sus cenizas será castigado con prisión de uno a tres años. /Si el delincuente deteriora o mutila el cuerpo, o comete, sin embargo, sobre éste actos de brutalidad u obscenidad, será castigado con prisión de tres a seis años*”; “Artículo 411. *Destrucción, supresión o sustracción de cadáver. El que destruya, suprima o sustraiga un cadáver, o una parte de él, o sustrae o dispersa las cenizas, será castigado con prisión de dos a siete años. /La pena se aumentará si el acto se comete en los cementerios o en otros lugares de sepultura, almacenamiento o custodia. /No constituye delito la dispersión de las cenizas del cadáver autorizada por el oficial del estado civil, sobre la base de la expresa voluntad del difunto. /La dispersión de las cenizas no autorizada por el oficial del estado civil, o efectuada con modalidad diversa a lo indicado por el difunto, será castigada con prisión de dos meses a un año y con una multa de 2.582 euros a 12.911 euros*”; “Artículo 412. *Ocultamiento de un cadáver. El que oculte un cadáver o una parte de él, u oculta las cenizas, será castigado con prisión de hasta tres años*”; “Artículo 413. *Uso ilegítimo de cadáver. El que disecciona o utiliza un cadáver, o una parte del mismo, con fines científicos o educativos, en los casos no permitidos por la ley, será castigado con prisión de hasta seis meses y una multa de hasta 516 euros. /La pena se aumentará si el acto se comete sobre un cadáver, o sobre una parte del mismo, que el autor sabe que ha sido mutilado, oculto o eliminado por otros*”.

Respecto del Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch, 13 de Noviembre de 1998), Capítulo XI (Crímenes relativos a la Religión y la Filosofía de la Vida) es importante citar la siguiente referencia legal²³: “Sección 168. *Disturbar la paz de los muertos. (1) El que, sin*

²³ Las traducciones del Inglés al Castellano son nuestras.

autorización, sustraiga el cuerpo o partes del cuerpo de una persona fallecida, un feto muerto o partes de éste o las cenizas de una persona fallecida de la custodia de la persona con derecho al mismo, o el que cometa malicia insultante sobre aquel, será castigado con prisión de no más de tres años o una multa. (2) El que destruya o dañe un lugar para reposar en ese estado, un sitio de entierro o sitio público para recordar a los muertos, o el que cometa malicia insultante allí, será de la misma manera castigado. (3) La tentativa será castigable”.

Y, por último, en el Código Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, en el Capítulo 42 (Conductas desordenadas y ofensas relacionadas) de su Título 9 (Crímenes contra el orden público y la decencia), el legislador de dicha Unión consagra el abuso a los cadáveres en los siguientes términos²⁴: “Sección 42.08. (a) Abuso de cadáver. Una persona comete un crimen si la persona, sin autoridad legal, conscientemente: (1) Desentierra, disturba, daña, disecciona, en todo o en parte, sustrae, o trata de manera ofensiva un cadáver humano; (2) Oculta un cadáver humano siendo consciente de que ha sido ilegalmente desenterrado; (3) Vende o compra un cadáver humano o de cualquier manera trafica con un cadáver humano; (4) Transmite o transporta, o procura que sea transmitido o transportado, un cadáver humano a un lugar fuera del estado; o (5) Vandaliza, daña o trata de manera ofensiva el espacio en el cual un cadáver humano ha sido enterrado o de otra manera permanentemente colocado para su reposo. (b) Un crimen dentro de esta sección es un delito de Clase A. (c) En esta sección, “cadáver humano” incluye: (1) Cualquier porción de un cadáver humano; (2) Los restos cremados de un cadáver humano; o (3) Cualquier porción de los restos cremados de un cadáver humano. [...] (e) Es una defensa en el enjuiciamiento dentro de esta sección que el autor: (1) Como miembro o agente de la organización cementerial, haya removido o dañado cualquier cosa que haya sido ubicada en o en cualquier porción de la organización del cementerio en violación de las reglas de la organización; [...]”.

Obvio es decirlo, de todas las transcripciones hechas se desprende que también en otras latitudes existe la anunciada protección.

V. ANÁLISIS DE LAS NORMAS PENALES

A. *Precisiones iniciales.* Antes de evaluar en propiedad las figuras y las consecuencias jurídicas previstas en el art. 204, es fundamental

²⁴ Las traducciones del Inglés al Castellano son nuestras.

comprender el alcance de las expresiones contenidas en la redacción que el legislador emplea para erigir como punible el acto de irrespeto a cadáveres. En primer lugar, el vocablo “irrespeto”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es la “falta de respeto²⁵”, lo cual implica –en su mejor acepción para los efectos de estas líneas- el “quebrantamiento de la obligación de venerar y tratar con miramiento, consideración o deferencia a algo o a alguien”.

En segundo lugar, por “cadáver” se ha de entender, por un lado, según el Diccionario ya citado, al “cuerpo muerto”, o sea, aquel “que está sin vida”; y, de otro lado, a la luz de la legislación vigente, “al cuerpo de una persona en el cual se ha producido la muerte encefálica o en el cual se ha producido cese irreversible de las funciones vitales cardiorrespiratorias” (Cfr. Decretos 1172 de 1989, Art. 8; y 1546 de 1998, Art. 2-20).

En consecuencia, si se tiene en cuenta que para la ley penal la vida independiente comienza con el parto y que para la realización efectiva de esta conducta es indispensable que el objeto de la acción sea un cuerpo humano sin vida, al fruto de la concepción –desde un punto de vista estrictamente objetivo– si yerto no se lo puede considerar cadáver. Esto es, si esa persona biológica, alojada en el vientre materno, muere y se lo expulsa o extrae para evitar detrimentos en la salud de la madre, no se lo reputará bajo ninguna circunstancia cadáver y, aún cuando sobre él se ejecutaren actos de irrespeto, no se configurará –por más abominable que pudiera resultar el hecho– la conducta de irrespeto a cadáveres²⁶.

Sin embargo, en tercer lugar, es importante aclarar que la legislación penal colombiana no alude bajo ninguna condición a que el delito de irrespeto a cadáveres pueda ser cometido sobre el cuerpo de ser distinto al de la persona humana, como podría ser el caso de la mutilación de una vaca sin vida. Por ello, cuando la ley penal emplea la expresión “cadáver de una persona” sólo puede entenderse que

²⁵ Respeto, del Latín *Re-spectus*, “acción de mirar atrás”, cuyo sentido no es otro que “tener en consideración algo o alguien”, en el sentido de “atender” y, así, deviene en “respetar”.

²⁶ Esta opinión ha sido discutida sobre todo en la doctrina penal alemana y, en ella, ha sido de recibo para autores como Binding, Cruser y Cramer, la tesis siguiente: “el nacido muerto (*totgeborenes Kind*) no es cadáver para efectos legales”; por ello, se concluye: “cadáver sólo es el despojo humano de un hombre que ha vivido” (Sobre ello, MAGGIORE, *Derecho penal*, Vol. III, pág., 435).

la acción penalmente reprochable se ejecuta sobre el cadáver de “todo ser humano –es decir, todo individuo de la especie humana–, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (Cfr. Decretos 1172 de 1989, Art. 2; y 1546 de 1998, Art. 2-2).

Así mismo, en cuarto lugar, la expresión “restos” se puede entender por sinónima de la locución que acuña el Diccionario de la Real Academia de Lengua bajo las palabras “restos mortales”, o sea, “el cuerpo humano después de muerto, o parte de él”. Por tanto, y sin perjuicio de lo anterior, bien se hable de “cadáver” o de “restos”, se alude al cuerpo humano bajo la apariencia que tenía en vida como también al conjunto de cenizas resultantes del proceso de cremación²⁷.

En el mismo sentido, cabe aclarar que el cuerpo exánime de una persona es en todo tiempo cadáver y en todo tiempo restos, por lo que no puede circunscribirse a determinado lapso tal condición, aún cuando por necesidad pública se deba desplazar del osario, urna o fosa a los restos mortales de un ser humano (Cfr. Decreto 201 de 1996 del Alcalde Mayor de Bogotá).

Por último, podría argüirse que, en virtud de lo expuesto, es posible asumir para efectos jurídico-penales –por decir la Ley 599 de 2000 “cadáver de una persona” o “sus restos”, es decir, los restos de dicho cadáver– la distinción entre cadáver y restos, de manera que por lo primero (cadáver) se entienda la totalidad del “conjunto sin vida de los sistemas orgánicos que constituyen al ser humano”²⁸ y por lo segundo (restos) “la parte o las partes de ese todo que implica el ser humano”, de manera que aún cuando el cuerpo humano careciere de algún miembro –sin importar el que sea–, como es el caso de los heridos por minas antipersona, se lo considerará cadáver

²⁷ El Profesor MAGGIORE, al abordar este aspecto, afirma que “no son cadáver las cenizas; pero estas –sean o no residuo de una cremación autorizada– son mencionadas expresamente por las leyes como objeto del delito de vilipendio de cadáveres” (cfr. *Derecho Penal*, Vol. III, pág. 435). Sin embargo, en consonancia con lo explicado en las *Precisiones iniciales* en este apartado, no es necesaria tal tasación de las cenizas como cadáver y menos que la doctrina se niegue a aceptar que ese “polvo resultante de la combustión completa del cuerpo humano” (RAE), porque, en efecto, estas cenizas son ineluctablemente “cadáver”, pues éste (materia primera) a pesar de su apariencia, “original” o cremada (materia segunda), conserva su carácter de cuerpo humano, aún si yerto.

²⁸ Cfr. *Diccionario de la lengua española*, cit.

y protegido por la ley penal. Es más, aún si el cuerpo hubiere sido privado de alguna de sus partes con posterioridad al fallecimiento de la persona, como es el caso de los descuartizamientos, aplicará enteramente la misma disposición legal.

Así las cosas, en su orden se deben estudiar las dos normas penales que contiene el art. 204 cuyo tenor es el siguiente: “*El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa. /Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa*”²⁹.

B. *La norma del inciso 1º.* En el inciso en examen aparece una norma penal completa con su supuesto de hecho y sus respectivas consecuencias jurídicas.

1. La descripción típica: su fundamento y el bien jurídico.

Ahora bien, según lo establecido por el Código Penal vernáculo en la intitulación general de “irrespeto a cadáveres”, se halla contenida la primera figura: “*El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto...*”, que puede ser calificada como *simple*. Sin duda, la construcción legislativa en examen pretende tutelar los bienes jurídicos del *sentimiento religioso* y del *respeto a los difuntos*, dentro del marco de la guarda que la misma ley penal realiza sobre *la libertad individual y otras garantías* (Parte Especial, Título III, Capítulo IX). Dado que el objeto es el cadáver de la persona, la acción penalmente reprochable aquí referida no es susceptible de ser realizada –como de lógica se intuye–, por ejemplo, en un persona viva.

²⁹ Ha de observarse que el legislador colombiano emplea la inflexión incorrecta para los verbos rectores de esta norma penal. Esto es, se vale del tiempo presente del modo subjuntivo cuando ha debido servirse del tiempo futuro del mismo modo verbal, pues “el futuro de subjuntivo denota hechos contingentes e hipotéticos” (Cfr. ANDRES-SUÁREZ, *El verbo español*, pág. 272) y suele ser sucedido por el futuro simple del modo indicativo. En pocas palabras, el futuro de subjuntivo –y no otro– es el verbo de las leyes. Así las cosas, la redacción correcta –gramaticalmente hablando– sería la siguiente: “*Artículo 204. Irrespeto a cadáveres. El que sustrajere el cadáver de una persona o sus restos o ejecutare sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa de dos (2) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si el agente persiguiera finalidad de lucro, la multa será de cuatro (4) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

Ahora bien, estos bienes jurídicos del *sentimiento religioso* y del *respeto a los difuntos*, implican a ciencia cierta un mayor desvalor de acción por el incumplimiento que detecta el sujeto activo en los deberes jurídicos de respetar el *temor religioso*, sin importar el credo que el difunto y sus deudos profesen, y el *descanso eterno* de los difuntos, emanados del carácter inviolable que posee una sepultura, último recinto del cuerpo humano. Así las cosas, se percibe, también, un mayor desvalor de resultado, por la afectación directa e indiscutible de los bienes jurídicos referidos (a los que se aunará la salubridad pública, aspecto que se explicará en renglones siguientes)³⁰.

En este sentido, es posible afirmar que este tipo es básico pues describe de manera independiente los dos comportamientos punidos: *sustraer* o *irrespetar* un cadáver. Así mismo, se puede sostener que es un tipo penal compuesto y mixto, pues consagra dos comportamientos distintos³¹. También, —en relación a su contenido— es un tipo de resultado, pues exige la causación de ciertos efectos en el mundo exterior: la *sustracción* o el *irrespeto* del cadáver; a más de lo cual es de conducta instantánea, pues estos resultados se agotan en un solo momento, sin perjuicio de que la sustracción se prolongue con la retención del cadáver y el acto de irrespeto demore un poco en el tiempo, en cuyo caso deja de ser instantáneo para tomar ciertos visos de permanencia. De la misma manera y como se explica más adelante, es un tipo de comisión dolosa; cerrado, pues determina con precisión las circunstancias típicas referidas; monosubjetivo, pues las conductas descritas son llevadas a cabo por un solo sujeto; común o de sujeto indeterminado y pluriofensivo por afectar más de dos bienes jurídicos. Y, finalmente, se puede decir que es de lesión y de peligro abstracto, pues con la cristalización del supuesto de hecho deviene en una “conducta peligrosa” para el bien jurídico de la salud pública, por ejemplo³².

³⁰ Ibid., págs. 717 y 718.

³¹ Entiéndase la expresión “supuesto de hecho” como “hipótesis”.

³² El legislador patrio ubica el delito de “*Irrespeto a cadáveres*” (Art. 204) en el Capítulo Noveno (*De los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos*) del Título III, que intitula “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, por lo que sería admisible hablar, en un primer momento, de la libertad individual y de *otras garantías* como los bienes jurídicos tutelados. Empero, si dicha tesis se admitiera, no podría decirse de que este supuesto de hecho fuese de “peligro abstracto” sino de “peligro concreto”; máxime cuando, como bien se sabe, las garantías del Estado Social de Derecho son el Habeas Corpus y el Recurso de Amparo en sus formas

a. *El aspecto objetivo.* Los elementos de esta cara de la descripción típica son los examinados a continuación:

1) *El sujeto activo.* Al atenerse a la redacción señalada por el legislador colombiano, se logra identificar un sujeto activo indeterminado: “*el que*”. Esto es, no se requiere que se guarde calidad especial alguna (p. ej. ser servidor público), ni tampoco que esta *calidad* dimane de una determinada relación interpersonal (como sí ocurre con el incesto, Art. 237 del C. P.) o que este sujeto activo posea una cierta situación jurídica (como el caso del preso en el delito previsto en el art. 448 del C. P.)³³.

2) *Sujeto pasivo de la acción.* Ahora, para hacer referencia al sujeto pasivo de la acción, o sea, sobre el cual recae “la concreción de la prohibición penal”, se ha de decir que quien sufre sobre sí el irrespeto a cadáveres es, en principio, para todas las modalidades, el cadáver³⁴. Éste, es aquello que es *sustraído* o *irrespetado*, sin importar la forma en que el sujeto activo desarrolle la referida conducta. Cuando, por ejemplo, un hombre mutila un cuerpo yerto o disemina las cenizas de un fallecido cremado, son ese cadáver y esas cenizas los que detectan sobre sí la realización del delito de *irrespeto a cadáveres*³⁵.

vernáculos, de lo cual que se colige que el “temor religioso” y el “respeto a los difuntos” no son garantías en nuestro Estado colombiano [Cfr. GUEVARA B./MARTIN/RODRÍGUEZ-PINZÓN, *Derecho internacional de los derechos humanos*, pág. 115; BRENES ROSALES, *Introducción a los derechos humanos*, pág. 145], pero sí los bienes jurídicos tutelados como se vio, *supra*, en el acápite “*Fundamento de la figura*”.

³³ Cfr. VELÁSQUEZ, *Ob. Cit.*, págs. 571-574.

³⁴ Algunos podrían entender que el cadáver no es sujeto de derechos y, por lo tanto, lo reducirían a la sencilla calidad de ser “*objeto material*” de la acción realizada. Sin embargo, esta posición peca por cosificarlo y equipararlo a un florero fúnebre, por ejemplo. A nuestro juicio, tal tendencia deslinda al cadáver de toda humanización: tal cual se dijo en la introducción, todas las culturas y sobre todo las civilizaciones, han guardado un respeto especial por los cadáveres dada su creencia –bien por superstición, bien por fe– que éste guarda *algo* de la esencia de la persona. De ahí, el culto a los muertos; base para que, p. ej., se prohíba al cadáver como garantía prendaria. Con todo, hay que diferenciar al sujeto pasivo del delito (Estado, sociedad, familiares, dolientes) del sujeto pasivo de la acción, que es sobre lo cual recae directamente el resultado de la conducta desplegada; el cual es el cadáver por percibir ora la sustracción, ora el irrespeto.

³⁵ Cfr. *Ibíd.*, págs. 573.

Y, además, dado que el difunto está situado en el contexto del “interés espiritual que une el mundo con la eternidad”³⁶, el legislador, siempre respetuoso de la libertad de cultos consagrada por la Carta Fundamental en su Art. 19, no se permite la impensable contradicción de negar a las personas la protección a su integridad en el descanso eterno cuando esta misma le fue garantizada en vida por las diversas disposiciones constitucionales (Cfr. Arts. 11, 12, 13 y 15 a 17, entre otros) y penales (Cf. Parte Especial, Título I, del C. P.).

3) *Sujeto pasivo del delito*. Empero, también existe un sujeto pasivo del delito, es decir, aquel que por su calidad de titular del bien jurídico “sufre la lesión en sus intereses”³⁷. En el caso del delito aquí referido, un sujeto pasivo inmediato del delito –si así se me permite llamarlo– es la familia del difunto y sus allegados, pues éstos, por los profundos vínculos sentimentales que mantenían con el difunto, padecen un menoscabo en el sentimiento religioso que profesan dado que soportan el duelo y comparten con él el último paso de su existencia; y, además, porque detectan un quebranto en el respeto que se debe a la persona que fúnebremente honran con los ritos propios de estos eventos y la erección de un monumento (tumba, sepulcro, osario o urna mortuoria).

Además, se puede identificar –huelga decir– un sujeto pasivo del delito mediato, el cual no es otro que la sociedad y el mismo Estado, pues aparte del “carácter ético y religioso”³⁸ que implica este delito existe un innegable interés general por la salubridad pública, “a la cual causan indudable perjuicio los miasmas que exhalan los cadáveres desenterrados, y que originan el peligro de pestilencia”³⁹. Por ello, no puede descartarse la hipótesis de que este delito encaje también, si bien de manera menos contundente, en los atentados *contra la salud pública* contenidos en el Capítulo I del Título XIII en la Parte Especial de nuestro Código Penal; porque, como es bien sabido, los cadáveres están sujetos a estrictos protocolos de medidas sanitarias para evitar la propagación de enfermedades. Imagínese, pues, un cadáver librado a descomposición en la mitad de una alameda o en una fuente acuática de la que sirve una población.

³⁶ Cfr. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. III, pág. 428.

³⁷ Cfr. *Ibidem*, págs. 573-574.

³⁸ Cfr. MANZINI, *Trattato*, tomo VI, pág. 61.

³⁹ Cfr. CARRARA, *Programma*, Vol. VI, pág. 351.

4) *La acción*. Siguiendo esta misma línea analítica, se detecta el verbo rector que dentro de un Derecho penal de acto es aquel que por su inflexión “describe las conductas humanas”⁴⁰, mas para el caso del art. 204 en vez de ser uno son dos verbos rectores: *sustraer* e *irrespetar*. Esta conjunción disyuntiva “o” contraponen estas dos enunciaciones verbales para configurar conductas donde sólo se conforma una de ellas, sin perjuicio de poder calificar a este tipo, por ende, como uno *compuesto*.

Es importante aclarar en este punto, que el verbo *sustraer* implica extraer de la tumba, sepulcro u osario el cadáver, por lo que queda excluida la hipótesis de encajar dentro de este verbo rector la acción de retirar el cadáver de su ataúd o cajón⁴¹. Así las cosas, tampoco puede configurarse el irrespeto a un cenotafio o un sepulcro o tumba vacíos, pues el primero no tiene por función albergar restos humanos y los segundos todavía no los han acogido. Sin embargo, es realmente importante puntualizar que no se configura la acción de sustracción si la precede una orden judicial –como, p. ej., la que se dictaría para una autopsia⁴² en el caso de una muerte violenta o sospechosa–, no así con la de irrespeto –como el caso del funcionario o perito que acude a la respectiva diligencia y, al dirigir palabras injuriosas, escupe el cadáver que le han mandado examinar–.

5) *Resultado*. Ciertamente, este es un tipo de resultado pues implica la *sustracción* o el *irrespeto* del cadáver, lo que en otras palabras supone, en primer lugar, que este comportamiento, originado en la esfera interna del hombre, se manifiesta en el mundo exterior al general resultados: (i) *físicos*, pues implica (a) la ausencia del cadáver del recinto donde se lo depositó y (b) los actos vilipendiosos de irrespeto como “escupir, ensuciar, desnudar o disponer al cadáver en posiciones grotescas e irreverentes, colocarle máscaras o símbolos burlescos, desfigurarlos

⁴⁰ Cfr. VELÁSQUEZ, pág. 574.

⁴¹ El Diccionario de la RAE, tanto en su versión *de uso común* como en la de *sinónimos*, establece las palabras “ataúd”, “caja” y “cajón” como sinónimas.

⁴² Muchos entienden, erradamente, que la palabra “autopsia” está mal referida a la peritación realizada en el cadáver y la sustituyen por “necropsia”. Sin embargo, pocos bien se han percatado de que el prefijo “autos” no significa reflexión del verbo (como sí en la palabra ‘autonomía’, p. ej.), porque de lógica se colige que un cadáver no puede mirarse dado que ya no existe la persona capaz de mirar. Es que, en efecto, el prefijo “autos” en el vocablo “autopsia” significa lo que el perito por sí mismo, por sus propios ojos puede ver o apreciar porque la palabra griega *αὐτοψία* designa la “acción de ver por los propios ojos”.

(p. ej. extraerle los dientes o cortarle el cabello), mutilarlo, ejecutar sobre él actos de brutalidad (como golpearlo), actos obscenos (como besos lujuriosos, mordiscos o masturbación sobre el cadáver) o, incluso, actos depravados, como la necrofilia⁴³, la cual implica el ayuntamiento genital, consumado o tentado; (ii) *psicológicos*, pues la gravedad de la ofensa para la familia y amigos del difunto, como para la sociedad en general, genera un sentimiento de repudio absoluto y una consideración de tal conducta como abominable; (iii) *ético-sociales*, pues como se anticipaba en el numeral anterior, la sociedad rechaza todo acto que menoscabe las faltas de veneración a la memoria de los difuntos; y, finalmente, (iv) de *índole económica*, pues al sustraer el cadáver de la tumba o sepulcro es probable que el sujeto activo infiera daño a estos recintos funerarios, como podría ser el caso del sustraedor que destroza la lápida que cubre el sepulcro⁴⁴ o el irrespetante que deteriora la ornamentación de la tumba⁴⁵ (como son los floreros, los bustos o las esculturas alegóricas)⁴⁶.

De igual manera, se hace notar que no es descartable bajo ninguna circunstancia la tentativa, pues dado que es un *tipo de resultado* admite la identificación de *actos preparatorios*, *actos ejecutivos* y *actos consumativos*⁴⁷. De manera que el sustraedor podría “iniciar –según lo dicho en el art. 27 del Código Penal colombiano– la ejecución de la sustracción por medio de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”, como sería el caso de aquel que ingresa a un cementerio con una pala –*principio de ejecución* con idóneos medios en las maniobras sustractivas o irrespetuosas– y comienza a cavar sobre la fosa funeraria para alcanzar el cadáver –bien para irrespetarlo, bien para sustraerlo–, acción con la que concreta el riesgo jurídico penalmente relevante para los bienes jurídicos tutelados, y “la consumación no se produce por razones ajenas a su voluntad”, como sería el arribo sorpresa del vigilante o la activación de una alarma que lo hace desistir de su propósito.

6) *El nexo de imputación objetiva*. Entre la conducta que el sujeto activo ha llevado a cabo en cualquiera de sus dos modalidades y

⁴³ Cfr. MAGGIORE, Ob. Cit., págs. 432 y 433.

⁴⁴ Del Latín *Sepelire*, “enterrar”, el sepulcro es “la fosa en la tierra donde se sepulta el cadáver”.

⁴⁵ Del Griego *Túmbos*, “túmulo”, la tumba es “la obra de piedra levantada sobre la tierra donde se depositará un cadáver”.

⁴⁶ *Ibidem*. Págs. 575-577.

⁴⁷ Cfr. VELÁSQUEZ, Ob. Cit., págs. 947 y 948.

el resultado debe existir una relación de causalidad que se ha de verificar acorde con la teoría de la equivalencia de las condiciones; además, la conducta debe crear un riesgo para el bien jurídico. Así mismo, ese riesgo se ha de concretar en el resultado y éste último ha de quedar cobijado dentro del alcance del tipo, como lo pretende la moderna teoría de la imputación objetiva⁴⁸. Esta exigencia dimana directamente de las inflexiones verbales utilizadas por el legislador: “sustraiga” y “ejecute”, y del art. 9-2 del C. P., cuando señala que la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado. Dicho de otra manera: ha de existir un nexo de causalidad entre la acción desplegada (*sustraer un cadáver o ejecutar acto de irrespeto sobre éste*) y su resultado (*sustracción de un cadáver o la ejecución de un acto de irrespeto sobre éste*); por lo que el despliegue de esta acción (*el sustraer o el ejecutar el acto de irrespeto*) debe crear un riesgo jurídico relevante para el bien jurídico protegido (el *sentimiento religioso*, el *respeto a los difuntos* o la *salubridad pública*) por la *aportación del riesgo* y la *no tolerancia* de éste por parte del Derecho penal. Como sería el caso de la persona que se dirige a un cementerio e ingresa en él a altas horas de la noche con la finalidad de hallar una tumba; dadas las circunstancias, dicha conducta es *peligrosa* para los referidos bienes jurídicos y merece atención por parte del Derecho penal.

Sin embargo, este riesgo debe ser concretado en un resultado, por lo que tal *conducta peligrosa* se cristalice en una modificación de la realidad según las leyes naturalísticas: como que la persona del caso en el párrafo anterior sustraiga el cadáver de un difunto; y, en última medida, dicha conducta sea alcanzada por el tipo penal. Cosa que ciertamente ocurre.

b. El aspecto subjetivo. Como el tipo en examen es de comisión dolosa, en la realización de la conducta el agente debe saber que adelanta una conducta tipificada en la ley (aspecto cognoscitivo) y debe querer llevarla a cabo (aspecto volitivo)⁴⁹. En el mismo sentido,

⁴⁸ Dada la preferencia de la doctrina en general por hablar de “Imputación objetiva”, ha de entenderse la referencia al “nexo de causalidad” como el primero de sus niveles, de los cuales se habla en este párrafo y que son, a saber: (i) la creación de un riesgo, (II) la concreción del riesgo en el resultado y (iii) el alcance del tipo. Todo esto para indicar que en la realización de la acción penalmente relevante *ha de agotarse los niveles de imputación objetiva entre la acción*. Sobre esto, LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, págs. 45 y ss.; también, VELÁSQUEZ, *Ob. Cit.*, págs. 585 y ss., con abundantes referencias.

⁴⁹ *Ibíd.*, págs. 620-630.

este tipo penal sólo admite el *dolo directo de primer grado*, pues el agente irrefragablemente persigue de manera directa la *sustracción o irrespeto* del cadáver. Igualmente, es bastante difícil que se configure el acaecimiento del *dolo directo de segundo grado* o *indirecto* sobre el cadáver, pues éste es el objeto inmediato de la conducta; tal vez sí, sobre la tumba o el sepulcro, pues el agente asumiría el efecto concomitante de deteriorarlos al sustraer o irrespetar el cadáver.

En fin, para referirse al *dolo eventual*, no se ven elementos suficientes para argüir que el agente pueda dejar “librado al azar” la realización de esta conducta aunque ello no es del todo descartable. Empero, la forma en que los hombres desfogan su ira contra la persona humana, aun muerta, son imprevisibles: supóngase, pues, el caso de aquel que desea borrar la memoria de una persona a quien se dedicó un monumento funerario y para ello lo dinamita, destruye el cadáver y, de pronto, acaba con la vida una persona que oraba en el cementerio o que por allí pasaba. Nada, entonces, es imposible, tal vez sí, poco probable.

Así mismo, no es posible admitir la hipótesis de un acto de irrespeto sobre un cadáver a título de culpa, como sería el caso de aquel sujeto que por falta de pericia deja caer el receptáculo de las cenizas del difunto con la inevitable diseminación de las mismas, pues ello sería una total contradicción al borde del absurdo jurídico, máxime si se tiene en cuenta que el agente persigue una finalidad específica: vilipendiar el cadáver del difunto. Por ello, recuérdese, el legislador no prevé esta conducta como culposa.

2. *Las consecuencias jurídicas.* Como se infiere del texto del art. 204 inciso 1º, el agente que realice una cualquiera de las dos acciones típicas y ellas encajen en la correspondiente descripción típica en sus aspectos objetivo y subjetivo (tipicidad), sean además antijurídicas y culpables, se hace acreedor a la imposición de una multa, para el caso la llamada *progresiva* y no la acompañante de la prisión que ha sido dispuesta para las formas de criminalidad más grave. Ello, demuestra que este atentado punible no recibe por parte del legislador la importancia que merece; por el contrario: parece preverlo como un atentado punible fácilmente subsanable por medio “de la cancelación de una suma de dinero a favor del Erario”, lo cual preocupa máxime si se trata de una conducta atentatoria contra el fuero más íntimo de los ciudadanos, para el caso el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos. Por supuesto, ello contrasta con otras legislaciones que –como se vio– castigan estas conductas con

pena de prisión, tal y como lo hacía el C. P. de 1980 que les imponía esa consecuencia “de uno (1) a tres (3) años”.

Desde luego, a la pena pecuniaria se suma –ya no a título de consecuencia jurídico-penal sino civil–, la responsabilidad civil derivada del delito por los daños que el agente pudiera ocasionar en las lápidas, sarcófagos o mausoleos, por ejemplo.

3. *Algunas problemáticas específicas.* Hay algunos asuntos que requieren precisiones adicionales:

En efecto, en primer lugar, no se debe descartar que enfrente a la realización de una de las conductas señaladas en la descripción típica se presente la posibilidad de un concurso material de conductas punibles, pues aparte de la sustracción o de un acto de irrespeto a un cadáver puede producirse un daño en bien ajeno –como ya se había anticipado–, previsto en el Art. 265 de nuestro Código Penal vigente. Tal sería el caso de aquel que desea sustraer un cadáver de un mausoleo y, para tales efectos, destruye la lámina de mármol que cubre el féretro, agravado, incluso, por las circunstancias previstas en el Art. 266 numeral 3: “cometer tal conducta de *daño* en lugar solitario” –como ha de entenderse, el cementerio, del griego *Koimeterión*, “dormitorio”, y éste de *Koimao*, “duermo”, es un lugar de suyo dedicado a la soledad y la paz– y, por qué no, por el numeral 4: “cometer dicha conducta en bien de uso público, de utilidad social o que conforme el patrimonio de la Nación”, descripción típica en la que encaja perfectamente un lugar como es un camposanto.

Así mismo, tampoco es desdeñable la posibilidad de una hipótesis de concurso material entre el irrespeto a cadáveres y el hurto (Cf. Art. 239 del C. P.)⁵⁰, como en el caso del que ingresa a un mausoleo con la finalidad de sustraer el cadáver de una persona (*sustracción de cadáver simple*), escupirlo y orinar sobre el mismo (*irrespeto a cadáver simple*) y luego sustraer de dicho recinto un crucifijo, por ejemplo, que hace parte de la ornamentación y es excepcional por sus características. Es más, podría esgrimirse la tesis de que dicho hurto

⁵⁰ Por ejemplo, una persona puede cobrar la promesa remuneratoria, por ejemplo, \$ 500.000,00 por irrespetar un cadáver; pero luego sustrae un bello candelabro o una lápida de bronce. El Art. 204 sólo habla del mero acto de irrespeto o de sustracción, o de éstos con finalidad de lucro (inc. 2º). Por tanto, es válido afirmar y hacer destacar cómo una cosa es cobrar por el acto de sustracción o de irrespeto y otra cosa es sustraer “algo” del recinto funerario.

podría devenir en *calificado* (Cf. Art. 240-4 del C. P.) si el agente se vale una ganzúa para penetrar en el mausoleo.

Además, en segundo lugar, debe advertirse que el ejercicio de un culto específico no se puede invocar como causal de justificación para cometer un acto de irrespeto en un cadáver⁵¹; así puede suceder cuando se emplea un cadáver para un rito satánico⁵²; por ello, si se configura esta conducta, no se pune el ejercicio del satanismo –que es constitucional, al tenor de lo señalado en el Art. 19 de la Carta Fundamental) y penalmente garantizado (cfr. Art. 201 del C. P.)– pero sí un acto de sustracción e irrespeto al cadáver.

En tercer lugar, el transporte del cadáver con los debidos permisos no configura esta conducta típica, como cuando se le lleva de la morgue a la funeraria donde se le prepara para la velación, o si el conductor de una empresa de servicios fúnebres lo traslada al cementerio indicado. Sin embargo, si se sustrajere el cadáver de la morgue sin la debida autorización, inclusive judicial, sí encajará tal conducta en este tipo penal; mas si sucede, como en efecto ocurrió, que la carroza fúnebre no arriba con el féretro a las honras exequiales por haberse servido dicho empleado de tal vehículo para gestiones ajenas a la ejecución de tal prestación, la competencia sobre el conocimiento de este suceso será de la jurisdicción civil por responsabilidad contractual dentro del contexto del incumplimiento del contrato, y no de la jurisdicción penal por irrespeto a cadáveres.

En cuarto lugar, en tratándose de casos como el registrado en el Distrito de Pisac, en la región de Cusco (Perú), en virtud de los cuales –el pasado 29 de Marzo de 2010– la Policía Nacional de ese país encontró que en la vitrina de una vivienda se ofrecía para la venta la momia de una niña inca y algunas cerámicas de la misma cultura⁵³. En estos eventos la doctrina ha sido clara, al señalar que “si bien en las momias subsiste, a decir verdad, la forma humana –o sea, la contextura corpórea–, ésta subsiste no por fuerza natural de las cosas, sino mediante la mano del hombre que le ha hecho

⁵¹ Oriéntese la lectura de esta afirmación bajo el reprochable supuesto de que, pretextando la libertad de cultos, fuera aceptable que alguien perteneciente a una secta determinada decidiera justificar la comisión de alguna de las conductas previstas en el Art. 204 del C. P. para los efectos de un ritual.

⁵² SCOLA, A./FERRARI, G Y OTROS: *Sectas satánicas y fe cristiana*, pág. 53.

⁵³ Edición virtual del periódico La República, República del Perú, en línea: [<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100329/24/node/257893/todos/13>]

sufrir una especificación⁵⁴; por tanto, “dado que no puede tenerse por cadáver a un *monstruo*⁵⁵”, esta conducta encajará mejor en la descripción típica vertida por el legislador en el Art. 156 del Código Penal vernáculo (*Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto*), siempre que se la lleve a cabo con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, o en la prevista por el legislador en el Art. 266 del mismo Código, en concordancia con el inciso 4 del Art. 266, de “*Daño en bien ajeno circunstanciado agravado*”, por ser un bien de “interés histórico y cultural”; y no en la de irrespeto a cadáveres aquí estudiada.

Como dato curioso, anótese que las momias fueron bastante populares en el Egipto del Siglo XX dentro de contextos similares, pues muchos turistas solían comprarlas, enteras o por partes, para adornar sus viviendas y algunos nativos las adquirirían para empaparlas en aceite y hacerlas arder cuando escaseaba la leña⁵⁷. Y, ya desde el Siglo XVIII, eran famosas las “momias egipcias por ser como hoy los antibióticos, pues servían para curar desde callosidades hasta heridas graves”⁵⁸. Incluso, el polvo de estos cuerpos preservados era utilizado para la fabricación de pinturas y medicinas, costumbre ésta última aún vigente en la China y en la India.

En quinto y ultimísimo lugar, es importante cuestionar al legislador por no incluir como punible el hecho de retener el cadáver de un difunto, pues, por principio de Derecho Internacional Humanitario, desde el tiempo en que este se llamara *Derecho de Guerra*, las familias tienen todo derecho a saber el paradero de sus seres cuando desaparecen –sobre todo cuando es por causa violenta– y, además, el Estado está obligado a hallar e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación, y, por supuesto, darles un trato respetuoso mientras procura su entrega a los familiares⁵⁹.

⁵⁴ Cfr. MAGGIORE, Ob. Cit., pág. 433.

⁵⁵ Entiéndase esta palabra en su primera acepción según el Diccionario de la RAE: “Producción contra el orden regular de la naturaleza”.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Cfr. DE AZÚA, *Diario de un hombre humillado*, pág. 275.

⁵⁸ Cfr. *Las momias de Guanajuato*, pág. 20.

⁵⁹ Cfr. *Manejo de cadáveres en situaciones de desastre*, pág. 151. Algunos podrían argüir que para punir tales conductas están los Arts. 151 y 153 de nuestro Código Penal; pero una cosa es despojar de sus efectos a un cadáver, como es arrebatarse la mitra y la casulla al cadáver de un obispo (Art. 151); otra, obstaculizar que el personal humanitario pueda recolectar los cadáveres (Art. 153) y todavía otra, como aquí, que se haga destacar la labor del Estado

B. *La norma del inciso 2°.* En este apartado del Art. 204 también se prevé una norma penal completa, como se infiere del correspondiente tenor literal: “Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa”.

Naturalmente, en lo que toca con la descripción típica debe decirse lo siguiente: los elementos del aspecto objetivo de la misma coinciden, a plenitud, con los exigidos en la figura del inciso 1° acabados de estudiar; igual sucede, en principio, con el aspecto subjetivo del tipo. Sin embargo, hay una diferencia radical que toca con el elemento subjetivo del tipo distinto al dolo que prevé esta descripción típica, dado que en ella las conductas se deben realizar con la “finalidad de lucro”; este concepto se ha de entender, por oposición a la concepción en sentido lato empleada en el Art. 58 del mismo Código a título de circunstancia de agravación, cuando alude a “*la promesa remuneratoria*”, pues ésta sólo se refiere, en sentido estricto, al pago en dinero por la sustracción o irrespeto de un cadáver (como es, p. ej., el caso de la hechicera que pide a algún otro que le obtenga un hueso humano de un cadáver para la fabricación de un brebaje a cambio de una suma de dinero). Sin embargo, no debe descartarse que este pago pueda ser realizado también, si se lo entiende a partir de ese Art. 58, en especie (p. ej., un profesor de medicina que promete a algún estudiante de su clase de anatomía concederle una buena calificación por sustraer un cadáver humano, sin las debidas autorizaciones, con el propósito de diseccionarlo).

En cuanto a las consecuencias jurídicas respecta, debe advertirse que la sanción también es la de multa pero –de forma extraña y al desconocer el sistema ya previsto para tasar esa pena pecuniaria en la Parte general del C. P.– incrementada en una tercera parte sin sobrepasar el monto de diez unidades multa; dice, así la confusa redacción legal: “...*la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa*”.

de proteger a los fallecidos que es, ante todo, un deber especial en cabeza del Estado. Los citados Arts. 151 y 153 refieren a contingencias particulares y no al Estado como promotor de la entrega ágil de los cadáveres, por ejemplo.

V. BIBLIOGRAFÍA

___: *Diccionario de la lengua española*, Madrid, XXII Edición, Madrid, Real Academia Española, Mateu Cromo, Artes Gráficas, 2001.

_: *Manejo de cadáveres en situaciones de desastre*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 2004.

_: *Las momias de Guanajuato*, Guanajuato, Editorial DIF, 1991.

ABELLO GALVIS, RICARDO: “Columnas al derecho”, Bogotá, Observatorio de la Universidad del Rosario y de El Espectador, Facultad de Jurisprudencia-Universidad del Rosario, 2007.

ANDRÉS-SUÁREZ, IRENE: *El verbo español: sistemas medievales y sistema clásico*, Madrid, Editorial Gredos, 1994.

BENITO GOLMAYO, PEDRO: *Instituciones del derecho canónico*, Tomo II, Madrid, Librería de Sánchez, 1859.

BETANCUR, JORGE MARIO: *Moscas de todos los colores*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2000.

BRENES ROSALES, RAYMUNDO: *Introducción a los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Editorial EUNED, 1993.

CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ: *Derecho penal en Macondo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2005.

CANTÚ, CÉSAR: *Historia universal*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, 1958.

CARRARA, FRANCESCO: *Programma del corso di Diritto criminale, Parte speciale*, Florencia, Volúmen VI, Fratelli Camelli Editore, 1870.

Código penal del Estado Soberano de Antioquia, Bogotá, Imprenta de Ortiz Malo, 1868.

Código penal del Estado Soberano de Bolívar, Cartagena, Imprenta de Ruiz e Hijo, 1862.

Código penal del Estado Soberano de Bolívar, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1873.

Código penal del Estado Soberano del Magdalena, Santa Marta, Imprenta de El Ferrocarril del Magdalena, 1864.

Código penal de los Estados Unidos de Colombia, Bogotá, Diario Oficial del Viernes 25 de Julio de 1873, Año IX, Núm. 297, 1873.

Código penal de la República de la Nueva Granda, Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1833.

Código Penal de Chile, En Línea:
[<http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal de Ecuador, En Línea:
[<http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/cp.pdf>] ; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal de la República Argentina, En Línea:
[<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>] ; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal de la República Francesa, En Línea:
[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CED85DE4B89C68DFCDBAFA15A079F887.tpdjo08v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165306&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100412] ; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal de Venezuela, En Línea:
[<http://www.fiscalia.gov.ve/leyes/6-CODIGOPENAL.pdf>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal Español, En Línea:
[http://www.ruidos.org/Normas/Codigo_Penal.htm] ; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal Federal Alemán, En Línea:
[<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal Federal de los Estados Unidos de México, En Línea:
[<http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal Federal Estadounidense, En Línea:
[<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.42.htm>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

Código Penal Italiano, En Línea:
[<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>]; Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

DE AZÚA, FÉLIX: *Diario de un hombre humillado*, Barcelona, Editorial Anagrama, 1987.

DE COULANGES, FUSTEL: *La ciudad antigua*, Bogotá, Panamericana Editorial Ltda., 2007.

DE PASO Y DELGADO, NICOLÁS/DE CORO Y MOYA, BERNARDO: *Nociones de derecho penal español*, Granada, Imprenta de Astudillo y Garrido, 1848.

Diccionario de la lengua española, XXII Edición, Madrid, Real Academia Española, Mateu Cromo, Artes Gráficas, 2001.

DONOSO, JUSTO: *Instituciones de derecho canónico americano*, tomo III, BiblioBazaar, 2008; en http://www.amazon.co.uk/Instituciones-Derecho-Canonico-Americano-Donoso/dp/0559326475/ref=pd_rhf_p_t_1#reader_0559326475; fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

GALEANO CUENCA, GLORIA: *Costumbres religiosas y prácticas funerarias romanas: estudio del mundo rural en la provincia de Córdoba*, Córdoba, Universidad de Córdoba, Serie de Monografías, Número 262, 1997.

GALLO, JORGE: *Jugando con las palabras*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2005.

GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: *Los doce códigos del Estado de Cundinamarca*, Tomo III, Bogotá, Imprenta de Echavarría Hermanos, 1859.

GUEVARA B., JOSÉ A., MARTIN, CLAUDIA Y RODRÍGUEZ-PINZÓN, DIEGO: *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Distribuciones Fontamara, 2006.

GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL: "Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo", en www.carlosparma.com.ar. Fecha de la consulta: 18 de noviembre 2010.

HERODOTO: *Los nueve libros de la historia*, Madrid, Biblioteca Edaf, 9ª ed., 2007.

HERVÁS Y PANDURO, LORENZO: *Historia de la vida del hombre*, tomo VII, Madrid, Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, 1799.

JESCHECK, HANS HEINRICH/WEIGEND THOMAS: *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete; Granada, Editorial Comares, 2002.

LOMAS SALMONTE, FRANCISCO JAVIER/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PEDRO: *Historia de Roma*, Madrid, Akal Textos, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA: *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Colección de Estudios No. 5, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1996.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho Penal, parte especial*, Volumen III, De los delitos en particular. Bogotá, Editorial Temis, 1985.

MANZINI, VINCENZO: *Trattato di Diritto penale italiano*, Tomo VI, Turin, Editore Fratelli Bocca, 1908.

MENDOZA-VEGA, JUAN: *Lecciones de historia de la medicina*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2003.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO: *Comentarios al nuevo código penal sustancial*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

QUEZADA, NOEMÍ: *Religiosidad popular en México y Cuba*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, MARÍA DE LOS ÁNGELES: *Usos y costumbres funerarias en la Nueva España*, Zinacantepec, Colegio Mexiquense, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Código penal comentado y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley y Actualidad S. A., 2005.

SALAZAR CAMBRONERO, ROXANA Y ZÚÑIGA GÓMEZ, ISABEL MARÍA: *Nociones sobre legislación de la salud en Costa Rica*, San José, Editorial Universidad Estatal y a Distancia, 2006.

SCHMALLEGER, FRANK: *Criminal law today, an introduction with capstone cases*, New Jersey, Prentice Hall, 1999.

SCOLA, A./FERRARI, G./PORCARELLI, A./FIZZOTI, E./MUSTI, L./MORONTA, M.: *Sectas satánicas y fe cristiana*, Madrid, Ediciones Palabra, 1998.

VALLEJO, JUAN JESÚS: *Los secretos del antiguo Egipto: un recorrido inédito por misterioso país de los faraones*, Madrid, Ediciones Nowtilus, 2002.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO: *Derecho penal parte general*, 4ª edición, Medellín, Editora Jurídica Comlibros, 2009.



Normas A.P.A.

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, (2010), El caso del Palacio de Justicia: delito de desaparición forzada; delitos de lesa humanidad; imprescriptibilidad; retroactividad; y aparatos organizados de poder. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Caso-Palacio-de-justicia-DP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 57.

Normas Icontec

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá. El caso del Palacio de Justicia: delito de desaparición forzada; delitos de lesa humanidad; imprescriptibilidad; retroactividad; y aparatos organizados de poder. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Caso-Palacio-de-justicia-DP4.pdf

III. Sección de Jurisprudencia

EL CASO DEL PALACIO DE JUSTICIA

La figura de desaparición forzada, consagrada por primera vez en la ley 589 de 2000, se puede aplicar de forma retroactiva a hechos sucedidos los días seis y siete de noviembre de 1985, dado que entonces la conducta se encontraba tipificada a título de secuestro; este tipo de crímenes son de lesa humanidad y, por ende, son imprescriptibles. El condenado actuó como verdadero autor mediato a través de un aparato criminal organizado de poder.

“JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ”

I. VISTOS:

Finalizada la audiencia pública, procede el Juzgado a emitir sentencia dentro del juicio adelantado contra el señor Coronel ® LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, quien fuera acusado como posible responsable de los delitos de secuestro simple agravado y desaparición forzada agravada.

II. HECHOS:

La génesis de la presente investigación tuvo ocurrencia el 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el autonominado comando “ *Iván Marino Ospina* ” del movimiento guerrillero autodenominado “ *M-19 Movimiento 19 de abril* ”, ocupó a sangre y fuego las instalaciones del Palacio de Justicia, ubicado en el centro de la ciudad de Bogotá D.C. en un “ *operativo* ” que tuvo el paradójico nombre clave de “ *Antonio Nariño por los derechos del hombre* ” y que se llevó a cabo con la finalidad de someter a un juicio político al entonces Presidente

* La numeración de los pie de página no coincide con la original; aquí aparecen sólo los apartes más importantes de la extensa sentencia que se puede consultar en la web, en el portal del Departamento de Derecho penal en este link: http://www.usa.edu.co/derecho_penal/sentencia_condena_plazas_vega-2.pdf

de la República, doctor Belisario Betancourt Cuartas, en razón al presunto incumplimiento del gobierno respecto de los acuerdos de paz suscritos con el grupo rebelde.

Al momento de la toma del Palacio de Justicia, se hallaban al interior del mismo: magistrados titulares y auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, empleados de las dos corporaciones, abogados, personal de servicios generales, conductores, escoltas y los empleados de la cafetería ubicada en el primer piso: Carlos Augusto Rodríguez Vera (administrador), Cristina del Pilar Guarín Cortés (cajera interina), Héctor Jaime Beltrán Fuentes (mesero), Bernardo Beltrán Hernández (mesero), Gloria Estella Lizarazo Figueroa (empleada) David Suspez Celis (Chef) y Luz Mary Portela León (empleada de servicios generales); visitantes habituales, entre ellos: Norma Constanza Esguerra (proveedora de pasteles de la cafetería) y Gloria Anzola de Lanao, quien diariamente estacionaba su vehículo en el parqueadero del Palacio de Justicia, con autorización de su tía, la Consejera de Estado Aidee Anzola Linares. También visitantes ocasionales, como: Lucy Amparo Oviedo Bonilla, quien se proponía cumplir una cita concedida por el Magistrado Alfonso Reyes Echandía.

Por último, Irma Franco Pineda, militante del grupo guerrillero M-19.

La acción subversiva se llevó a cabo de conformidad con el plan táctico elaborado previamente por el M-19, de acuerdo con el cual se trazaron dos objetivos a desarrollar tácticamente¹ en dos órdenes combativos². En el asalto los insurgentes se dispersarían en dos pelotones; el primero, atacaría y controlaría el sótano³; el segundo, irrumpiría el tercero y cuarto piso.

¹ “Idea general de maniobra: 2 elementos. 1. Desplegar y dislocar, unidades consolidadas con alta capacidad ofensiva, con la más elevada decisión de aniquilamiento en el asalto por las cinco escaleras del sótano hacia el objetivo y copamiento del primer piso. Simultáneamente, ascender al copamiento del 3° y 4° piso. 2. Garantizado el control absoluto del objetivo, vencida o aniquilada la resistencia del enemigo, asumir la defensa de la posición en la consolidación de tres escalones de defensa a través de líneas diferentes...”. (DVD 26 J. 3 -Medios Palacio de Justicia R/9755 - 4).

² “El primer orden combativo es el de marcha de unidades de infantería en movimiento desde el sitio de concentración y aproximación al objetivo. Se desplazarán tres vehículos en los cuales, el primero será la vanguardia donde irá el primer grupo de asalto motorizado, es un vehículo ligero donde viajarán cuatro compañeros con dos metras y dos fusiles. En el segundo vehículo viajarán catorce compañeros al mando general y los medios de explosivos de ingenieros y de intendencia...El tercer vehículo será la retaguardia, en él viajarán diez compañeros.”

³ “ASALTO AL SÓTANO Y A LA ENTRADA PRINCIPAL Y CONTROL DE REHENES: Para el cumplimiento de dicha misión el primer pelotón estará conformado por tres escuadras; una escuadra de apoyo con las siguientes misiones: ESCUADRA 1. De asalto a la puerta principal. ESCUADRA 2: de asalto al sótano. ESCUADRA 3: de aniquilamiento al enemigo en el primer piso, aseguramiento y control del mismo... ESCUADRA 1. Para el cumplimiento de su misión estará compuesta por seis compañeros, al mando del compañero Lázaro (...). ESCUADRA 2: En el orden de marcha del sitio de aproximación

Comenzó el 6 de noviembre, aproximadamente a las 11:00 de la mañana, merced a la insuficiente vigilancia provista en la entrada del Palacio de Justicia, cuando un grupo de siete guerrilleros del Movimiento 19 de Abril (M-19) ingresó a la edificación, armados y vestidos de civil; liderado por Alfonso Jackin e integrado, entre otros, por Irma Franco Pineda; quienes asumieron las siguientes posiciones: dos en la secretaría del Consejo de Estado, dos en la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dos en la cafetería y una mujer en el tercer piso. Jackin, desde la Sección Tercera, se comunicó telefónicamente con Luís Otero, quien se encontraba en una residencia ubicada en la calle 6ª Sur No. 8 - 42, barrio Calvo Sur, junto con 27 guerrilleros más, para expresarle la posibilidad de ingreso, ante la ausencia de miembros de la policial en la guardia del Palacio, por lo que se dirigieron al objetivo en tres vehículos para entrar por el sótano.

Momentos después de la iniciación de la toma el Jefe de Estado Mayor de la Décimo Tercera Brigada, el Coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez (q.e.p.d), activó el Plan de Defensa Nacional "*Tricolor 83*" y el Centro de Operaciones de la Brigada –COB-.

Entonces, se llevó a cabo un operativo táctico y de inteligencia, dirigido y coordinado por el Ejército Nacional encaminado a la recuperación del Palacio de Justicia y a la liberación de rehenes; en el que participaron: la Policía Nacional (Grupo de Operaciones Especiales GOES y Curso de Operaciones Especiales COPES), el Ejército Nacional (División Quinta -Brigada 13-, Vigésima Brigada y las agregaciones de la BR-1 y BR-7), y el Departamento Administrativo de Seguridad, en adelante DAS.

La Décimo Tercera Brigada del Ejército, dirigió la acción militar por su Comandante, el señor General ® Jesús Armando Arias Cabrales, gracias a la activación del Plan de Defensa Nacional "*Tricolor 83*". Acción militar en la que intervinieron: su Estado Mayor, es decir, el Jefe de Estado Mayor de la Brigada o B-5 a cargo del Coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez y las divisiones: B1, B2 cuyo comandante era el Coronel ® Edilberto Sánchez Rubiano, B3 y B4; y las unidades tácticas que la integraban: batallones escuelas de: Artillería, Infantería, Logística, Comunicaciones, Ingenieros, Suboficiales "*Sargento Inocencio Chincá*", grupo de Caballería Mecanizado No. 13 "*Rincón Quiñónez*" GMERI y Caballería, comandada por el TC ® Luis Alfonso Plazas Vega; los batallones: de Policía Militar No. 1 "*Tomás Cipriano de Mosquera*", de Servicios No. 13, Guardia Presidencial; los orgánicos de las agregaciones temporales de la escuela de suboficiales de la Décimo Brigada (BR-10), del Batallón de servicios de la Séptima Brigada (BR-7), y del Batallón de Servicios No. 1 de la Primera Brigada (BR-1); otros de la Vigésima Brigada, Escuela de Inteligencia y Contra Inteligencia "*Brigadier*

El primer pelotón (...) en síntesis, su función fundamental es el asalto al sótano y puerta principal, el aniquilamiento del enemigo en el sótano y primer piso y control de los mismos, concentrando en un solo lugar a todas las personas allí presentes, bien en el auditorio, la oficina 115 y las oficinas auxiliares..."

General Charry Solano”; el DAS y la Policía Nacional con unidades del F-2, el COPEs y el GOES.

La retoma, como es conocida la acción táctica y de inteligencia de combate de recuperación del Palacio de Justicia, desplegada por la Fuerza Pública, comenzó con la reacción de algunos miembros del Batallón Guardia Presidencial, ubicado en un sector aledaño al escenario del acontecer; seguidamente, hicieron presencia el Comandante de la Décima Tercera Brigada, General Jesús Armando Arias Cabrales y los de la unidades tácticas Escuelas Batallón de Artillería y Caballería, entre otros, también la Policía Nacional (COPEs y GOES). A continuación, el Ejército estableció el puesto de mando avanzado en la Casa Museo del Florero situada en la esquina nororiental de la Plaza de Bolívar, contigua al Palacio de Justicia.

Dado que, de conformidad con el Plan Tricolor era fundamental controlar la salida de rehenes del palacio para evitar que los subversivos eludieran el cerco militar, paralela a la misión táctica, coordinada por la Décima Tercera Brigada se adelantó una operación de inteligencia de combate orientada a la identificación del grupo subversivo asaltante, los integrantes que incursionaron en la toma, los colaboradores de estos, entre otros aspectos; acorde con lo establecido en el Manual de Inteligencia de Combate, en adelante MIC y en el Plan de Operaciones de Inteligencia No. 002 contra el autodenominado M-19 de 1980, el segundo de ellos, documento secreto de las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional para contrarrestar el citado grupo subversivo; donde se expresa, entre otras cosas, las tareas de inteligencia a realizar por las Unidades Tácticas adscritas a la BR-13, en coordinación con el B-2.

Por lo anterior, los rehenes liberados fueron identificados, interrogados, enlistados y clasificados así: personal ajeno a la incursión subversiva, los participantes en el asalto y posibles colaboradores del M-19 desde el interior del Palacio de Justicia; éstos dos últimos denominados sospechosos o especiales “(S)” porque: no eran identificados plenamente, ofrecían explicaciones no creíbles para el Ejército sobre su presencia en el Palacio, eran oriundos de alguna región del país con presencia del M-19, eran estudiantes, ora porque sabían de su condición de guerrilleros integrantes del M-19, dada la visible participación en el asalto. Procedimiento que comenzaba desde el interior del Palacio de Justicia y culminaba en el puesto de mando establecido en la Casa Museo del Florero.

De esta manera, miembros de las fuerzas armadas rescataron del Palacio de Justicia más de doscientas personas que se encontraban al momento de la cuenta toma, y que, acorde con el plan de la operación de recuperación y rescate fueron, casi en su totalidad, trasladadas a la Casa Museo del Florero, y tras ser identificadas puestas en libertad. Con todo, de ese cúmulo de personas rescatadas, de once de ellas no se ha vuelto a saber sobre su paradero.

Tales personas, son CARLOS AUGUSTO RODRIGUEZ VERA; CRISTINA DEL PILAR GUARIN CORTES, BERNARDO BELTRAN HERNANDEZ, HECTOR JAIME BELTRAN FUENTES, LUZ MARY PORTELA LEON, DAVID SUSPEZ CELIS, GLORIA STELLA LIZARAZO NORMA CONSTANZA ESGUERRA, GLORIA ISABEL ANZOLA DE LANA O, LUCY AMPARO OVIEDO BONILLA y la guerrillera IRMA FRANCO.

(.....)

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

(....)

6.2 Legalidad de la actuación. La presente actuación se adelantó con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal descritas en la Ley 600 de 2000 con pleno respeto del debido proceso. No obstante las divergencias propuestas por la defensa durante el trámite del juicio, e inclusive ya terminado éste, jueces constitucionales, por la vía de la acción de tutela, luego de revisar en su integridad la actuación consideraron que el Juzgado no soslayó el derecho al debido proceso y el de defensa, razón por la cual negó en dos oportunidades el amparo invocado por la defensa para los citados derechos fundamentales⁴.

- Solicitudes de nulidades y decisiones diferidas propuestas por la defensa

De las nulidades que fueron presentadas durante la Audiencia Pública.

i) Durante el trámite de la audiencia pública, vale decir, después del traslado del artículo 400 del C.P.P. la defensa mediante sendos escritos presentados, ambos, el 9 de junio de 2009 solicitó la nulidad de la actuación en los términos del artículo 306 numerales 2 y 3 del C. de P.P. por las siguientes razones:

a) Nulidad por violación de derecho al debido proceso desde la indagatoria rendida por el Coronel @ Plazas Vega, toda vez que la Fiscalía no señaló de manera concreta el móvil y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente ocurrió la desaparición o secuestro de personas en los hechos del Palacio de Justicia ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Lo anterior, según la defensa, en razón a que la Fiscalía fue “vaga y ambivalente” al formular la imputación fáctica, por lo que se soslayaron el artículo 29 de C.N., el Protocolo II de Ginebra numeral II literal a y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14 numeral 3.

⁴ Sentencias de tutela emitidas en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de fechas 9 de julio y 4 de noviembre de 2009.

b) Nulidad por violación al derecho de defensa y debido proceso puesto que la Fiscalía en la indagatoria elevó cargos en contra de su procurado por secuestro agravado y desaparición forzada de personas, a título de acción y omisión y en coautoría. Por manera que para defensa *“la sindicación es anfibológica, por violar el principio de contradicción”*, tesis que consolida con el supuesto desconocimiento del principio de favorabilidad, dado que se investigó y acusó a su patrocinado por un delito que para la época no estaba catalogado por el legislador penal como punible.

c) Por violación al debido proceso desde la indagatoria toda vez que, durante la instrucción la fiscalía no verificó las citas del procesado en la indagatoria, motivo por el cual se trasgredió el principio de investigación integral.

d) Por violación al derecho de defensa habida consideración que a su procurado la Fiscalía en la etapa de indagación preliminar, sobre los hechos materia de indagación, en esa época, primero le recibió declaración jurada y después versión libre en calidad de indiciado, *“haciendo que con sus respuestas como testigo se auto incriminara sobre unos supuestos de hecho y de derecho materia de investigación previa, obligándolo a declarar bajo juramento”*. Comportamiento de la Fiscalía que comportó, en criterio de la defensa, desconocimiento de los artículos : 29 C.N. y 267 del C.P.P. que consagra el derecho a no declarar contra si mismo, 14 No 3 literal g del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normas.

ii) También, durante el desarrollo de la audiencia pública la defensa presentó tres memoriales de fecha 26 de junio, 10 de julio y 10 de agosto de 2009. En el primero, solicitó la cesación de procedimiento conforme al artículo 39 del C.P.P., tras considerar que la fiscalía acusó al señor Coronel ® Plazas Vega por un concurso efectivo constituido por los delitos de desaparición forzada agravada -artículos 165 y 166 de la Ley 599 de 2000- y de secuestro agravado -artículos 269 y 270 de la Ley 100 de 1980-, imputación (concurso) jurídicamente no viable, toda vez que se trata de un concurso aparente de tipos penales, ya que los dos punibles son idénticos, posición que el defensor justifica con el hecho de que ambos se encuentren regulados en el Código Penal Libro II, Título III De los delitos contra la libertad individual y otras garantías. Concluye que mantener el concurso efectivo de tipos penales *“... viola el principio de identidad y el derecho mismo...”*⁵.

Ahora, para la defensa el concurso aparente debe resolverse descartando el delito de desaparición forzada agravada y manteniendo el de secuestro agravado, consagrado en los artículos 269 y 270 de la Ley 100 de 1980. Sin embargo, debido al transcurso del tiempo, dice, la acción penal por este punible no podía iniciarse o proseguirse, razón por la cual demanda la cesación de procedimiento en los términos del artículo 39 del C.P.P.

⁵ Fl. 50 c.o. 35

El segundo, con el propósito de que declare, al tenor de los artículos 83 de la Ley 599 de 2000 y 39 de Ley 600 de 2000 la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, pues en su criterio: (i) los hechos materia de investigación deben juzgarse de acuerdo con los artículos 269 y 270 del Decreto Ley 100 de 1980 que describe y sanciona el secuestro agravado, norma vigente para la época de los hechos, (ii) de acuerdo con las normas antes mencionadas la pena de prisión estaba comprendida entre los nueve (9) a cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión. (iii). Desde la época de los hechos 6 y 7 de noviembre de 1985 hasta cuando se produjo la ejecutoria de la resolución acusatoria -26 de febrero de 2009- habían transcurrido más de 22 años, es decir, superado ampliamente el término prescriptivo.

El tercero, para demandar cesación de procedimiento por atipicidad teniendo en cuenta: (i) abstracción fáctica de lo acontecido, dado que las once personas que se reputan desaparecidas fallecieron en la toma del Palacio de Justicia, afirmación que soporta con el informe final emitido por el Tribunal Especial de Instrucción Criminal. (ii) Ausencia de responsabilidad de su defendido en la supuesta comisión del hecho. (iii) Nuevamente, después de hacer referencia al tema del ámbito de aplicación de las normas penales, considera que los hechos imputados deben adecuarse únicamente como secuestro agravado, previsto en la Ley 100 de 1980 artículos 269 y 270; puesto que para el año de 1985 en la normatividad interna la desaparición forzada de personas no había sido prevista como delito.

Para resolver se considera:

De las nulidades. En relación con la nulidad deprecada por violación al derecho de defensa y debido proceso dado que al procesado se le acusó por unos hechos que no le fueron imputados en la indagatoria, el Despacho se abstiene de emitir pronunciamiento alguno toda vez que mediante proveído de 25 de julio de 2008⁶ el Juzgado resolvió desfavorablemente similar petición que este sujeto procesal presentó una vez descorrido el traslado del artículo 400 del C. de P.P.⁷. Pronunciamiento confirmado por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial, mediante providencia del 22 de octubre de 2008⁸, al desatar el recurso de apelación que contra la misma se interpuso.

En relación con las nulidades sintetizadas anteriormente en los literales b, c y d, se declara su improcedencia toda vez que fueron presentadas cuando se encontraba en trámite la audiencia pública, es decir, fuera de la oportunidad legal que los intervinientes tienen para proponerlas, es decir, durante el traslado del artículo 400 del C.P.P., al mismo tiempo, porque

⁶ Fls. 255 a 290 c.o. 32.

⁷ Ver Fl. 60 a 96 c.o. 32. "CAPÍTULO I. NULIDADES. II. NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA YA QUE AL CR. LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA SE ACUSO POR HECHOS QUE NO FUERON IMPUTADOS EN LA INDAGATORIA."

⁸ Fls. 6 al 24 c.o. 1 segunda instancia juicio.

los supuestos de hecho o circunstancias que la sustentan no surgieron en el juicio.

En nuestro caso, recuérdese que emitida la resolución de acusación y una vez cobró ejecutoria, por reparto, el asunto fue radicado en este Despacho, prontamente se le imprimió el procedimiento consagrado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000. A continuación y de conformidad con el artículo 401 de la misma ley se fijó el día y la hora para la celebración de la audiencia preparatoria, diligencia que se llevó a cabo el 25 de julio de 2008, en cuyo desarrollo se decidieron las nulidades invocadas por el defensor del procesado en memorial del 27 de mayo de 2008 visible a los Fls. 60 al 116.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en auto del 17 de septiembre de 2008 M.P. Jorge Luís Quintero Milanes, expresó:

“Así, surge en primer término reiterar que de acuerdo con el principio de preclusión, el proceso penal corresponde a un desarrollo progresivo, ordenado y coherente de un conjunto de etapas, que una vez agotadas mediante actos con ejecutoria impiden reabrirla.

De ahí que para cada uno de esos estadios, el propio legislador ha fijado las oportunidades en las cuales los sujetos procesales pueden hacer sus peticiones probatorias o presentar sus razonados argumentos en ejercicio de múltiples derechos y garantías que convergen (debido proceso, defensa, igualdad y contradicción).

De la misma manera, vale resaltar que en la estructura del sistema procesal mixto con que se regla esta actuación, agotada la etapa del sumario con la resolución de acusación ejecutoriada, se inicia la del juzgamiento, en desarrollo de la cual los intervinientes pueden solicitar pruebas que a bien tengan y plantear las nulidades originadas en la instrucción, con respeto al lapso estipulado en el artículo 400 del Código Procedimiento Penal.

Por manera que toda petición que se presente con cualquiera de las finalidades en mención, esto es, luego de haber transcurrido la citada oportunidad legal, ésta resulta extemporánea, salvo que se trate de hechos o circunstancias que sobrevinieron en el juicio...”

Así las cosas, la petición de nulidad resulta improcedente.

De las peticiones de cesación de procedimiento. Tal como se expresó anteriormente, la defensa durante el juicio allegó tres memoriales mediante los cuales demandaba la cesación de procedimiento al tenor del artículo 39 del C.P.P. porque la acción no podía iniciarse o proseguirse, dada la atipicidad de la conducta de desaparición forzada y en relación con el secuestro agravado en virtud de la prescripción de la acción penal; porque el acusado no cometió el hecho y finalmente porque el hecho no existió.

Sobre estos tópicos, por ahora el Despacho no se ocupará de su examen, toda vez que serán analizados en detalle en el acápite de las consideraciones de la sentencia.

Nulidad por incomparecencia del procesado privado de la libertad al juicio. La defensa, luego de concluida la audiencia pública, (pasados seis meses), presentó solicitud de nulidad – Art. 306 numeral 3- a partir de la etapa de alegaciones de la audiencia pública⁹, toda vez que se adelantó sin la asistencia de su defendido, privado de la libertad, pues a pesar de la remisión dispuesta por el INPEC para el traslado del acusado a este despacho, no se llevó a cabo por recomendación médica del siquiatra tratante adscrito al Hospital Militar Central, lugar de internamiento hospitalario del procesado.

En relación con los dictámenes médico-legales sobre el estado de salud física y mental del procesado rendidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal¹⁰, la defensa solicitó no ser tenidos en cuenta habida consideración que: *“El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hace parte de la estructura administrativa y financiera de la Fiscalía General de la Nación, lo que en buen cristiano significa que el instituto que dice que mi prohijado “no presenta enfermedad grave y que puede comparecer a una audiencia...” hace parte de la misma institución que le impuso medida de aseguramiento intramural, que lo acusó, y que pidió sentencia condenatoria en su contra.”*¹¹.

Ateniendo los fundamentos de hecho y derecho que soportan la solicitud del defensor, para el Despacho la nulidad deprecada por el defensor del acusado no tiene vocación de prosperidad dado que, si bien es cierto varias sesiones de la audiencia pública, entre las que se cuenta, en la que se surtió la etapa de alegaciones, se llevó a cabo sin la asistencia del procesado privado de la libertad, se trató de una decisión voluntaria del procesado, ya que mediante oficios de fecha 19 de agosto de 2009¹² y del 14 de septiembre de 2009¹³ el procesado manifestó su deseo de no comparecer a la audiencia y como quiera que su asistencia a la misma no es obligatoria, sino necesaria¹⁴, el despacho atendió la citada petición y prosiguió con el trámite de la audiencia, desde luego, sin la participación de este sujeto procesal.

Ahora, en relación con el estado de salud físico y mental del procesado se cuenta con tres dictámenes médico legales practicados por la Siquiatría (sic) Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal mediante los cuales se descarta que el señor Plazas Vega padezca de grave enfermedad y cualquier incapacidad para asistir a las audiencias públicas, así se expresaron los forenses:

⁹ Art. 403 del C.P.P.

¹⁰ Diametralmente opuestos al diagnóstico de los médicos tratantes; toda vez que los peritos oficiales concluyen de la revisión de la historia clínica y valoración del paciente que el procesado no presenta grave enfermedad.

¹¹ Fl. 99 c.o. 43.

¹² Fl. 269 c.o. 39.

¹³ Fl. 21 c.o. 41.

¹⁴ Art. 408 de la Ley 600 de 2000.

i) Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal, de fecha 7 de agosto de 2009, según el cual el procesado se encuentra *“en buenas condiciones físicas y con funciones mentales superiores conservadas. No presenta enfermedad grave. El manejo y seguimiento de este paciente puede realizarse de manera ambulatoria.”*¹⁵

ii) Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal, de fecha 14 de agosto de 2009, en el que, nuevamente se concluye que *“el examinado cumple criterios para una REACCIÓN AGUDA ANTE EL ESTRÉS sintomatología que no tiene la intensidad suficiente para considerarse como Grave Enfermedad.”*¹⁶

iii) Oficio No. 2008-033142 del Instituto Nacional de Medicina Legal, de fecha 14 de septiembre de 2009, en el que se lee: *“para fines Psiquiátrico – Forenses concluimos que la situación clínica del examinado no configura una GRAVE ENFERMEDAD y no lo limita para la asistencia a la Audiencia Pública programada para los días programados.”*¹⁷

iv) Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal¹⁸, de fecha 5 de mayo de 2009, en el que se observa una anotación manuscrita en el formato de consentimiento informado, de puño y letra del procesado, que dice: *“No puedo aceptar un concepto de una Fiscalía que pide mi condena sin pruebas. De una Fiscal a la que he denunciado tres veces penalmente y una más disciplinaria. Medicina Legal depende de la Fiscalía y esto no me garantiza imparcialidad. Me someto a los conceptos siquiátricos del Hospital Militar.”*¹⁹

Según el informe, ante la negativa del procesado a ser valorado, se procedió analizar su historia clínica en los apartes recientes, y al revisarse las últimas valoraciones siquiátricas -desde el 17 de abril del año en curso-, se encontró que *“en ninguno de los exámenes se evidencia ideación delirante, ni alteración sensorceptiva. (...) Los diagnósticos anotados por los tratantes en la Historia Clínica del Hospital Militar a saber, Trastorno de ansiedad generalizada, y Trastorno de adaptación, (...) por definición no comprometen el funcionamiento mental superior de manera grave”*²⁰.

Como conclusión final del informe pericial: *“AL EXAMEN FÍSICO ACTUAL DEL SEÑOR LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA NO SE ENCUENTRAN SÍNTOMAS O SIGNOS EN QUE INDIQUEN LA NECESIDAD DE MANEJO INTRAHOSPITALARIO.”*

Por manera que, si el procesado no padecía ni padece grave enfermedad ni estaba incapacitado para comparecer a su propio juicio, su consentimiento expresado en los oficios dirigidos al Juzgado donde manifestaba su deseo de no asistir a la audiencia pública, no está viciado.

¹⁵ Fls. 86 a 88, c.o.39.

¹⁶ Fls. 246 a 250, c.o.39.

¹⁷ Fl. 16, c.o.41.

¹⁸ Fls. 129 a 138, c.o.43.

¹⁹ Fl. 131, c.o. 43.

²⁰ Fls. 129 y 130, c.o. 43.

No comparte el Despacho el criterio de la defensa de no tener en cuenta los peritajes oficiales emitidos por los siquiátras forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal, dado que esta institución, en razón de su naturaleza jurídica, es un establecimiento público del Orden Nacional adscrito a la Fiscalía General de la Nación, entidad que impuso a su procurado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y en su lugar, sean considerados los conceptos médicos de los siquiátras tratantes del acusado adscritos a la Unidad Prestadora de Servicios de Salud Hospital Militar Central Hospital Militar Central, establecimiento público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional²¹, los cuales no coinciden con los rendidos por Medicina Legal en cuanto al estado de salud mental del procesado; toda vez que la actuación del despacho resulta acorde con la ley que rige el asunto en particular y que corresponde al artículo 249 del C.P.P. que dice: *“Cuando se requiera la práctica de pruebas técnico-científicas o artísticas, el funcionario judicial decretará la prueba pericial, y designará peritos oficiales, quienes no necesitarán nuevo juramento ni posesión para ejercer su actividad.”* (negrillas fuera del texto). Asimismo, el artículo 31 de la Ley 270 de 1996 prescribe: *“...INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Adscrito a la Fiscalía General de la Nación funciona el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como una entidad de derecho público, dotada de personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonial y organizado con el carácter de establecimiento público de orden nacional. El instituto está encargado de prestar auxilio y soporte técnico y científico a la administración de justicia en todo el territorio nacional en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses, de organizar y dirigir el Sistema Unico de Medicina Legal y Ciencias Forenses y controlar su funcionamiento y de cumplir las demás funciones que le atribuya la ley.”* (negrillas fuera del texto).

La respetable pretensión de la defensa se traduce en una invitación al despacho para que, sin motivos razonables se aparte de la ley; pues resulta ilógico en nuestro caso, tal como lo plantea la defensa se rechace por sospechosa una prueba técnico científica emitida por un perito oficial y en su defecto se otorgue validez y confiabilidad a un concepto especializado de un experto, sin condición de perito oficial y adscrito a la misma entidad a la que pertenece el procesado.

Por lo anterior se niega la nulidad deprecada por la defensa.

Violación a la garantía del juez natural. La Corte Constitucional al desarrollar el tema²² ha referido que el juez natural es el determinado por la Constitución o la Ley para conocer y decidir determinados asuntos. En este sentido, la Carta de derechos, como garantía al debido proceso, señala en su artículo 29:

²¹ En el título 4 de la Ley 352 de 1997, Artículo 40.

²² Sentencia T-444 de 2005, M.P Carlos Gaviria Díaz.

“Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”²³ (negrillas fuera del texto).

En cuanto al procesamiento de graves violaciones de derechos humanos, la máxima autoridad guardiana de la Constitución, así como los organismos internacionales que propenden por la protección de los Derechos Humanos, señalan que la competencia para el juzgamiento de este tipo de conductas radica en la jurisdicción ordinaria. La Corte Constitucional en SC-358 de 1997²⁴ expresó:

“las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede tener jamás relación con los actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria. Existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido²⁵:

“Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos²⁶ sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria²⁷. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la

²³ Principio que se encuentra consagrado en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973) que enseña: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En similar sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 menciona: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. (ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969).

²⁴ Corte Constitucionalidad, C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ Decisión del 23 de noviembre de 2009, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

²⁶ Cita de la Corte: “Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 83, párr. 200, y Caso Escué Zapata Vs. Colombia, supra nota 56, párr. 105”.

²⁷ Cita de la Corte: “[...] Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 24, párr. 118”.

justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia []. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial”²⁸.*

La legislación nacional responde a las reglas de juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, como la desaparición forzada, ya que en el artículo 3° del Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, expresa:

“en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Con base en el anterior marco legal y doctrinario la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en decisión del 12 de febrero de 2009²⁹, al dirimir el conflicto positivo de competencias entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria, propuesto dentro del presente radicado, conceptuó que, entre otras cosas: *“con los secuestros agravados y las desapariciones forzadas, no solo se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana de once personas, sino que se vulneraron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaban en cabeza del hoy acusado, de ahí que se insista que no puede sostenerse la existencia de relación alguna con el servicio, y en tales circunstancias la competencia es de la jurisdicción ordinaria”*, para, finalmente, asignar la competencia a este estrado judicial.

Los anteriores fundamentos, al día de hoy, se encuentran vigentes, por lo que no existe duda alguna en cuanto a que este Despacho es el juez natural de la causa.

De la nulidad por violación de los principio (sic) del *non bis in idem* e investigación integral. Contrario a lo alegado en su oportunidad por el procurador judicial del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, en el presente caso no se vulnera el principio *non bis in idem* con ocasión a las labores investigativas adelantadas por el Tribunal Especial de Instrucción conformado días después de acontecidos los hechos que aquí se juzgan. Ello en consideración a que al revisar el Diario Oficial del 17 de junio de 1986, mediante el cual se publica el Decreto No. 1917 de ese mes y año, que contiene el informe rendido por los Magistrados Jaime Serrano Rueda y Carlos Upegui Zapata, *“en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 9° del Decreto 3300 de 1985”*, se puede leer: *“Los dos Magistrados del Tribunal Especial de Instrucción colman ese vacío dentro del marco de las facultades del artículo 121*

²⁸ Otros asuntos en donde la Corte se ha referido al respecto son, entre otros: Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008; Caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000; Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006; y Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de Septiembre de 2006.

²⁹ Radicación: 110010102000200900097 01-1134C, M.P. José Ovidio Claros Polanc.o. (sic).

de la Constitución, es decir, solo para la investigación y limitada en el tiempo. Ellos, con calidad de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, tendrán funciones de instrucción pero más que todo de dirección y coordinación de los Jueces de Instrucción, quienes realmente son los que llevarán a cabo las tareas investigativas dentro del marco legal ordinario, es decir, del Código de Procedimiento Penal”³⁰ (Subrayas por el Despacho).

Lo anterior, aunado a lo aludido en declaración por el doctor Upegui Zapata, en donde ratifica que ese Tribunal tenía asignadas facultades sólo de investigación³¹, resulta suficiente para inferir que el mismo no poseía atribuciones jurisdiccionales ni facultades decisorias, lo que confirma que estaba dispuesto exclusivamente para “investigar los delitos cometidos con ocasión de la toma violenta del Palacio de Justicia de Bogotá”; por tal razón, el informe rendido por los Magistrados que integraban el Tribunal Especial no ostenta la calidad de decisión judicial con efectos de cosa juzgada, de tal suerte que no es dable alegar en el presente asunto que se esté juzgando al Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA una vez más por los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985. En todo caso, tal pronunciamiento, como ya se dijo, no constituye decisión judicial y menos aún obligatoria para el Juzgado ya que:

“...por mandato del artículo 230 de la C.N. no están obligados a por ningún precepto jurídico a acoger, sin posibilidad de crítica ni discernimiento, el criterio plasmado del mismo proceso por otro funcionario de idéntica jerarquía funcional. Tampoco quedan atados a su propia manera de pensar previamente expresada en tanto nada obsta para que otro estudio del mismo asunto, la mejor comprensión del sentido de la ley aplicable, o el auxilio de la jurisprudencia y la jurisprudencia aconsejen el replanteamiento de su inicial postura...”³².

Ahora, teniendo en cuenta que se trata de una decisión, con los efectos ya anotados, jamás podrá afirmarse que se trata de una prueba del proceso, por lo que se colige que al no ser tenida en cuenta por la Fiscalía como elemento de convicción del proceso (prueba documental), como en efecto lo hará Juzgado, no comporta violación del principio probatorio consagrado en el artículo 234 del C.P.P. y que hace referencia a la obligatoriedad de investigar en la etapa de instrucción y juzgamiento, con igual celo, tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

³⁰ CD marcado como “Medios de Palacio de Justicia R/9755.4”, 26J-3. INSP.SEG. CONDOR (18-05-2007). Caballería IMAG_0171.

³¹ Fl. 241 a 248 del c.o 6. En efecto, entre otras cosas, al ser preguntado por la señora Fiscal: “Ustedes tomaron alguna decisión de fondos, o profirieron algún auto con respecto a la responsabilidad de alguien en concreto con respecto a los hechos del Palacio (sic)”, el declarante fue enfático en contestar: “No, nosotros al término que nos fue señalado (eran tres meses que se prorrogaron por otros tres meses) entregamos nuestro informe y en ese tiempo tan corto no podíamos sino hacer lo que relatamos en el informe (sic)” (fl 243 íbidem).

³² CSJ, Sen. Abril 10 de 2003, radicado 16272 M.P. Edgar Lombana Trujillo.

6.3 De los requisitos de la condena (.....)

6.3.1 TIPICIDAD DE LA INFRACCIÓN

Efectuadas las anteriores precisiones, en este acápite se procederá, de conformidad con el material probatorio recabado, a establecer la materialidad del hecho punible y su adecuación típica. Para tal efecto, tendrá en cuenta el Despacho los argumentos expuestos por los sujetos procesales en los alegatos conclusivos, así como el encuadramiento típico efectuado por la delegada fiscal en la resolución de acusación, esto es: *secuestro simple agravado*, de conformidad con lo normado en los cánones 269 y 270, numeral 5, del Código Penal, Decreto Ley 100 de 1980; en concurso con *desaparición forzada agravada*, tipificado en los artículos 165 y 166, numeral 1, del Código Penal, Ley 599 de 2000.

- Breve referencia al tipo penal Secuestro Agravado.

Para la época de los hechos, el tipo penal que recogía de mejor manera el supuesto fáctico desplegado por el sujeto, que radicaba en privar de la libertad y ocultar a una persona impidiéndole el ejercicio de sus derechos era el de *secuestro*, toda vez que, para entonces, aún no se había contemplado en la normatividad penal nacional la *desaparición forzada* como delito autónomo, no obstante existir instrumentos internacionales que abogaban por la represión de ese tipo de comportamientos, así como por la codificación en la legislación interna. En este sentido, el doctor Jaime Córdoba Triviño enseña: *“El delito de desaparición forzada tradicionalmente ha sido investigado como un secuestro, pues en su origen se encuentra una privación de la libertad que se prolonga en el tiempo y de la cual no se da razón a los familiares de la víctima. Este antecedente permitía que el delito de desaparición forzada de personas fuera ubicado dentro de los delitos contra la libertad individual y otras garantías (Título III del Código Penal), pues se consideraba que el bien jurídico que se lesionaba era el de la libertad individual”*³³.

Este delito se encontraba descrito de la siguiente manera:

Art. 269. - Secuestro simple. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.... Art. 270. - Circunstancias de Agravación punitiva. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:... 5. Cuando el delito se comete por persona que sea empleado oficial o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado.

Del contenido de la norma, es dable extraer, entre otros, los siguientes elementos que configuran el tipo:

³³ Córdoba Treviño, Jaime, Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo Código Penal colombiano. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2001, pp. 165 y 166.

i) Tanto el sujeto activo como el pasivo son indeterminados; esto es, no ostentan una cualificación especial, por manera que cualquier persona puede realizarlo, como cualquier individuo de la especie humana puede soportarlo.

ii) La acción develada por el sujeto agente se concreta en privar de la libertad, sin ningún fin especial, a una o varias personas, utilizando para ello violencia o engaño, en cualquiera de las formas que describen los verbos rectores: arrebatar, sustraer, retener u ocultar.

iii) Para la comisión del delito de secuestro, la forma como éste suceda es indiferente. En efecto, puede ser mediante amenazas, fraude o violencia; puede consistir en sujetar físicamente a la víctima, con esposas, mordazas, cadenas, etc. Lo que importa es el resultado, es decir, que la víctima pierda físicamente la capacidad de moverse de acuerdo con su voluntad.

iv) Deviene de lo mencionado que, primordialmente, se vulnera *el bien jurídico tutelado de la libertad individual*, entendida como la capacidad física de movilidad, a lo cual hay que agregar que el tipo penal no alude a un espacio de tiempo mínimo en el que se deba restringir la capacidad de locomoción del sujeto pasivo.

v) La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia considera a este delito como de *ejecución permanente*, entendido como: *“aquel comportamiento único que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, sin solución de continuidad, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado”*³⁴.

vi) Por último, en tratándose del agravante imputado, simplemente habrá que decirse que con el mismo se cualifica la condición del sujeto activo, siendo el reproche aún mayor en tratándose, en lo que compete a nuestro caso, de quien ostente o haya tenido la condición de militar.

- **Del delito de Desaparición Forzada.** Muchos son los textos especializados que se ocupan del estudio de este tipo penal, concretándose la labor del Despacho a esbozar unos planteamientos generales y a efectuar un análisis de algunos aspectos que han generado controversia en el devenir procesal los cuales han sido recogidos por los intervinientes en los respectivos alegatos de conclusión.

Pues bien, sea lo primero advertir que fue a través de la Ley 589 de 2000 que se procedió a tipificar este comportamiento delictivo con el claro propósito de adecuar la legislación penal, recogida en el Decreto 100 de 1980, a la

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de marzo de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

normativa internacional. Con posterioridad, el contenido del anterior precepto fue recogido en el canon 165 del actual Código Penal, Ley 599 de 2000, que en su texto original prescribía:

Art. 165. - Desaparición Forzada. *El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. /A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.*

Art. 166. - Circunstancias de Agravación Punitiva. *La pena prevista en el artículo anterior será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.*

...

La norma luego de afrontar un estudio de constitucionalidad, en la sentencia C-317/02, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, manteniendo la exequibilidad de la parte restante del inciso “... bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona”.

De la descripción legal, se coligen los siguientes elementos del tipo:

i) A pesar que desde sus inicios este delito fue concebido como un crimen de Estado, teniendo en cuenta la manera en que se encuentra redactado el precepto, y atendiendo a lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, además de los servidores públicos, también pueden cometer este ilícito: a) El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*. b) El particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado. Y c) el particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley.

Por su parte, el sujeto pasivo es indeterminado ya que el delito podrá recaer sobre cualquier persona natural.

Lo anterior, guarda consonancia con lo preceptuado en el artículo 12 superior, que establece una prohibición de carácter general, dirigida a todas las personas, particulares o servidores públicos, lo que se traduce en una

mayor represión que la consagrada en varios instrumentos internacionales, tal y como lo dejó entrever la Corte Constitucional en las sentencias C-587 de 1992 y C-317 de 2002.

ii) En cuanto tiene que ver al bien jurídico protegido por la norma, cabe mencionar que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada o involuntaria (Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992), en su artículo primero, sobre el particular ha mencionado: “1. *Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.* 2. *Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro*”.

De lo anterior, se extrae que el punible de desaparición forzada es pluriofensivo en tanto que vulnera una multiplicidad de derechos que permiten el desarrollo del ser humano en sociedad, tales como: la libertad personal, el acceso a la administración de justicia³⁵, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, el debido proceso, etc. Estas garantías hacen parte del concepto global de “personalidad jurídica”, entendida como la capacidad del individuo para ser titular de derechos y obligaciones, así como la exigencia y reconocimiento de su condición como tal³⁶, por lo que su desconocimiento propicia, de una parte, un estado de indefensión, y de otra, la negación misma del ser humano³⁷, de ahí que la Corte Constitucional

³⁵ Concretamente, entre otros, impedir el ejercicio de los recursos legales, de las garantías procesales pertinentes, de poder tener un juicio imparcial.

³⁶ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado: “... la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona, [e]n cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales]”. Decisión del 23 de noviembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

³⁷ En este sentido, Baigún, David. Desaparición forzada de personas, su ubicación en el ámbito penal. En: La desaparición, crimen contra la humanidad, pp. 70 y 71., quien afirma “...hay también otra característica en la desaparición forzada de personas que me parece sí, realmente inédita en esta materia, en cuanto significa una lesión contra un bien, tal vez tan o más importante que la vida: es la afectación de la personalidad, la afectación del ser humano como tal. En la desaparición forzada de personas hay

haya aludido al hecho de que: *“la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte”*.

Con base en lo anterior, el desvalor de la acción no se completa simplemente con la afectación de la libertad, tan así es que la restricción a la facultad de locomoción puede ser lícita, por tal razón lo que resulta realmente significativo es el dolo sobreviniente del agente consistente en la negativa de informar la situación de la víctima o su paradero, aspecto éste que permite diferenciar a la desaparición forzada de otros punibles como el secuestro y la detención ilegal³⁸. Al respecto, la Corte Constitucional, en la pluricitada sentencia C-317 de 2002, al diferenciar el delito estudiado con el de secuestro, mencionó: *“En efecto, mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos -tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros-, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consume en dos actos: la privación de la libertad de una persona -que puede ser, incluso ab initio legal y legítima-, seguida de su ocultamiento, y además la negativa*

un desconocimiento no sólo de la vida, sino también de la muerte. El hombre es tratado como una cosa y yo diría hasta con menos consideración que la cosa, porque ni siquiera hay derecho a recabar la identidad de quien desaparece y ésta es una circunstancia (..) fundamental para apuntar a la construcción de un nuevo tipo penal en cuanto no sólo se lesiona la libertad, la vida desde el punto de vista de los delitos de peligro, sino también este nuevo concepto de personalidad del ser humano total (..) como categoría (..) reconocido en casi todas las convenciones de Derechos Humanos (..). Citado por: Molina Theissen, Ana Lucrecia La Desaparición Forzada de Personas en América Latina KO'AGA ROÑE'ETA se.vii (1998) - <http://www.derechos.org/vii/molina.html>

³⁸ Además de lo aquí argumentado y contrario a lo alegado por el apoderado del procesado, cuando afirma que para someter y privar de la libertad se necesita que el sujeto pasivo exista, lo que se desvirtúa teniendo en cuenta que los presuntos desaparecidos están muertos (fl. 122 c.o. 39), se hace necesario precisar que el comportamiento al que alude la norma no se agota con la privación de la libertad del sujeto pasivo, lo que, se itera, permite diferenciar la desaparición forzada de otros tipos penales. Igualmente, como se verá en el aparte de “materialidad” de esta decisión, durante la actuación, pese a la ardua labor de investigación de la Fiscalía, no se estableció con certeza que las once personas desaparecidas hubieren fallecido en el interior del Palacio de Justicia, por el contrario, desde ya se puede afirmar que resulta más que evidente que ellos salieron con vida de ese lugar.

a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal”.

iii) De conformidad con lo dispuesto en instrumentos internacionales, se concibe al delito de desaparición forzada como un punible de carácter permanente. Así, **la Declaración sobre la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la ONU a través de resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, en su artículo 17.1**, con el claro fin de combatir la impunidad de ese comportamiento delictivo, **menciona: “Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”.** De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil, mediante resolución 1256 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, sobre un proyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que venía siendo discutido desde 1987, menciona en su artículo III: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”*.³⁹

En consideración a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano, a través de la Ley 707 de 2001 se aprobó la precitada Convención y la Corte Constitucional, en la sentencia C-580 de 2002⁴⁰, declaró exequibles esas normatividades y sobre el punto objeto de estudio conceptuó: *“... este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición*

³⁹ En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido: “De todo lo anterior, puede concluirse que los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter permanente, y que sus consecuencias acarrearán una pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, por lo cual, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables, conforme a las obligaciones derivadas de la Convención Americana y, en particular, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”. Decisión del 23 de noviembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁰ Sentencia del 31 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancias”.

De lo expuesto en precedencia, se pueden resaltar principalmente los siguientes aspectos: a) la Corte parte de una concepción mixta sobre la configuración del injusto que se basa en un desvalor de acción (comportamiento dirigido a la afectación del bien jurídico tutelado) y en un desvalor de resultado (mantenimiento o continuación de la conducta peligrosa o lesiva), concretándose este último no en la privación de la libertad, que tan sólo se constituye en un presupuesto de la desaparición, sino en: *“a) la falta de información, b) la negativa a reconocer el hecho o c) de informar acerca del paradero de la persona”*⁴¹.

Por esa razón, erróneo sería partir del supuesto según el cual el mantenimiento de la situación antijurídica se encuentra supeditada a la privación de la libertad porque, entre otras cosas, no constituye elemento del tipo que la persona que se reputa desaparecida deba encontrarse con vida, ni tampoco que hubiera fallecido, tal como sostiene la defensa⁴²; es decir, se presenta una infracción *al deber de brindar información ya sea respecto de la detención o el paradero de la víctima o de su cadáver*⁴³. Sobre este último aspecto, resulta adecuado destacar lo indicado por Ambos y Böhm en los siguientes términos: *“[...] la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo, referido a la libertad personal, y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida. Es importante subrayar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida, es decir, la muerte del detenido, para que se configure este delito. En tal sentido, la referida Convención regional sobre desaparición forzada de personas prevé la posibilidad de que los Estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (art. III, párr. 2°). Se confirma entonces que el injusto penal de la desaparición forzada de personas se mantiene aun en el caso de que posteriormente aparezca con vida la víctima. Para la consumación de este*

⁴¹ Sentencia 580 de 2002, del 31 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² Memorial del 10 de agosto de 2009 (Fl. 100 y 121 c.o. 39), decisión diferida en auto de la misma fecha (Fls. 160 a 165 c.o. 39).

⁴³ No obstante, la situación en la que se encuentra la víctima eventualmente permitiría configurar la etapa del iter criminis agotamiento, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: *“Como la desaparición forzada es un delito de ejecución permanente, cuya perpetración conlleva dos momentos bien definidos: (i) el de la consumación, que puede ser instantánea, es decir, en el momento en el que se retiene o priva de la libertad a la víctima y se incumple el deber de informar y tal situación continúa manteniéndose por parte del autor de la conducta..., y (ii) el de agotamiento, que corresponde a la finalización o terminación, porque cesa en su ejecución y por tanto se esclarece el delito, como cuando la víctima recupera su libertad, por ejemplo, o como en este caso que las víctimas aparecieron muertas, siempre y cuando esas muertes hayan sido debidamente informadas y las circunstancias de ellas, esclarecidas”.* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, sentencia del 11 de noviembre de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz).

delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí, nos parece, su puesta en peligro"⁴⁴.

b) La actividad de consumación en los delitos permanentes no cesa al verificarse en un momento determinado los elementos integrantes del tipo⁴⁵, de tal suerte que, como lo señala Soler: *"todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación"*⁴⁶. Además, se hace necesario resaltar que ese mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, es así como, en cierta medida, el hecho se renueva constantemente.⁴⁷

Así las cosas, se tiene que en tanto dure la permanencia, perdura la consumación, por lo que deviene como consecuencia que si a la fecha se desconoce el paradero de las víctimas, debido al accionar típico del autor, dado el carácter permanente del delito el mismo continúa consumándose.

La doctrina al ocuparse del tema ha indicado: *"La desaparición forzada es un crimen de ejecución permanente que se consume, como ya se dijo, en el momento en que se incumple el deber de informar y continúa en su ejecución mientras este deber no sea satisfecho. De esto se desprende que aun cuando la víctima hubiese muerto, si el autor no brinda información sobre la privación de la libertad sufrida por esta persona, o no informa acerca de la suerte corrida por ella (o de las circunstancias por él conocidas, en caso de que no esté informado respecto de la suerte efectivamente corrida por la víctima), el delito continúa siendo ejecutado, dado que continúa incumpléndose el deber de información. Si en cambio el delito se esclarece porque la víctima recupera la libertad y por tanto "aparece, el delito cesa en su ejecución. No porque haya cesado la privación de la libertad (que también cesa en el caso de la muerte), sino porque el deber de información se impuso por el tipo penal en protección de los derechos antes enunciados, y estos dejarían de estar afectados si la víctima recupera la libertad, dado que la incertidumbre propia de la desaparición*

⁴⁴ Ambos Kai y Böhm María Laura, La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. En: Desaparición forzada de personas análisis comparado internacional. Coord: Kai Ambos. Temis S.A., Bogotá, 2009, pp. 249 y 250.

⁴⁵ Así lo refiere Roxin: "Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo". Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, et, al. Civitas, Madrid, 1997, p. 329.

⁴⁶ Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, tomo 1, Buenos Aires, 1951, p. 275.

⁴⁷ En este sentido, Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, página 237; también Maggiore cuando expone: "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo", en: Maggiore, G., Derecho Penal, traducido por Ortega Torres, tomo 1, Bogotá, 1956, p. 295.

*forzada cesa... El delito habrá sido consumado durante el tiempo en el que la persona estuvo "desaparecida" y cesa en el momento en que "aparece".*⁴⁸

c) Además de lo anterior, otro elemento que nos permite inferir que estamos ante un comportamiento antijurídico que se puede extender en el tiempo, es que los bienes jurídicos protegidos por el tipo, bajo la concepción de personalidad jurídica, cuya intangibilidad se encuentra en manos del sujeto activo, permiten soportar de manera prolongada una lesión o puesta en peligro que se puede verificar, primordialmente, en impedirle al desaparecido o a sus familiares que puedan invocar la protección del Estado y hacer efectivas sus garantías judiciales fundamentales, supuesto claramente diferente en tratándose de aquellos casos en donde la destrucción del valor supremo se presenta en un momento específico como ocurre con el homicidio, por ejemplo.

- Del concurso

Hechas las anteriores precisiones, corresponde al Despacho analizar si la acción desplegada por el sujeto activo se adecua en los dos tipos penales, secuestro agravado y desaparición forzada agravada, como lo sostiene la delegada fiscal, caso en el cual se configuraría un *concurso heterogéneo simultáneo o ideal*⁴⁹; o si, por el contrario, esa adecuación se corresponde con un *concurso aparente*, esto es, *"cuando la situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto"*⁵⁰, por manera que si se aplica la totalidad de las normas presentes se vulnera el principio de *nom (sic) bis in ídem*.

De la imputación fáctica formulada por la Fiscalía, tenemos que la acción típica tuvo ocurrencia durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985, época para la cual el delito de desaparición forzada de personas aún no se encontraba tipificado, razón por la cual el comportamiento desplegado por el sujeto activo, miembro de la fuerza pública, encaminado a la inicial privación de la libertad de las víctimas de manera ilegal para luego no dejar rastro de su paradero, absteniéndose de brindar información al respecto, se subsumía en el tipo de secuestro agravado.

Entonces, como se dejó sentado, el dolo develado por el agente no se limita exclusivamente al acto de restringir el derecho de locomoción, concretándose en los elementos integrantes: "ocultamiento", "negativa a reconocer dicha privación", o negativa a "dar información", que caracteriza a la desaparición forzada, comportamientos que desde aquella época, si

⁴⁸ Ambos Kai y Böhm María Laura, *ibídem*.

⁴⁹ Artículo 31 de la Ley 599 de 2000, con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de julio de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

bien no formaban parte del tipo, se han perpetuado hasta la época actual, manteniéndose esa situación típica por voluntad del infractor.

Un aspecto que es importante resaltar, es que para la época de los hechos que se juzgan, año 1985, en países periféricos, se había generalizado la práctica de la desaparición forzada⁵¹, como el crimen perfecto del cual se valían miembros de las fuerzas de los Estados para mantener en la total impunidad su actuar, dado que, desde su inhumana lógica *“no hay víctimas, por ende, no hay victimarios ni delito”*⁵², tendencia que era conocida en Colombia, que comenzó a hacer carrera a partir de la década de los setentas⁵³ y que a pesar de las voces de diversos sectores su penalización se vio frustrada puesto que algunos miembros de las Fuerzas Armadas eran de la opinión de que algún proyecto en ese sentido obstaculizaba la lucha contra el terrorismo^{54 55}.

Con base en lo anterior, se puede inferir que conocido el delito de desaparición forzada de personas, realmente la acción⁵⁶ desplegada por

⁵¹ Al respecto puede consultarse a: Molina Theissen, Ana Lucrecia La Desaparición Forzada de Personas en América Latina KO'AGA ROÑETA se.vii (1998) - <http://www.derechos.org/vii/molina.html>

⁵² *Ibidem*.

⁵³ En este sentido puede verse lo mencionado por Jesús Orlando Gómez López, *Crímenes de lesa humanidad*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 1998, pp. 260-266.

⁵⁴ Al respecto, Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de Guerra con referencia al Nuevo Código Penal Colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, pp. 163-164. Citando a pié de página a Reynaldo Botero, resalta: “En esta obra se cita la comunicación del Secretario General del Ministerio de Defensa, del 26 de octubre de 1988, en la que señala que “el proyecto de ley en concreto intenta romper el sistema establecido en el decreto 180 de 1988, por cuanto en esta última norma se permite detener a los terroristas y mantenerlos un tiempo corto antes de pasarlos a las órdenes del respectivo juzgado en establecimientos que no son carcelarios del orden departamental, municipal o nacional”. Más adelante en el oficio mencionado se indica que “el desaparecimiento inducido de cualquier persona de su lugar de domicilio o trabajo, no puede considerarse en ningún momento como un delito, habida cuenta de que (sic) dicha acción generalmente no es una acción antijurídica y culpable” (pp.54). En la discusión de la Ley 589 de 2000 se objetó el delito de genocidio porque obstaculizaba la lucha contra la subversión”.

⁵⁵ Situación que permite soportar además el posterior reproche de culpabilidad que le deviene al implicado, fundado en un conocimiento potencial de la antijuridicidad (artículo 32, numeral 11, inciso 2°).

⁵⁶ Bajo el entendido de que, en palabras Welsel (sic), “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las circunstancias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin... Por eso la finalidad es –dicho de forma

el autor tenía como propósito su realización, no el de secuestro, otra cosa es que la descripción típica de los elementos diferenciadores entre uno y otro no estuviese recogida en la normatividad sustantiva antes del año 2000⁵⁷. Ese designio criminal ha perdurado en el tiempo, durante el cual, evidentemente, tal como se mencionó, han regido dos disposiciones en donde: “... [El] plus que significa la desaparición forzada de personas nos permite afirmar sin duda que los casos de desaparición forzada que se venían tramitando como secuestro deberán ser tratados como desaparición forzada. En efecto, sabemos que el secuestro consiste en una privación de la libertad que se puede extender en el tiempo, dado el carácter permanente de la conducta. Si la desaparición se limitara a ese mismo elemento, tendríamos que concluir que como consecuencia del respeto al principio de legalidad no se podría iniciar un proceso por desaparición forzada de personas. No obstante, antes de la vigencia de la ley 589 de 2000, el plus que caracteriza a la desaparición forzada de personas es impune. Una vez entra en vigor, ese plus se sanciona, por lo que si el secuestro implica ausencia de información sobre el paradero de la víctima y sustracción de la protección legal, tendremos que concluir que estamos en presencia de un delito de secuestro que deviene en desaparición forzada”⁵⁹.

No obstante lo antes citado, el Despacho se aparta de la solución brindada por el insigne tratadista Jaime Córdoba Triviño, según la cual, en los casos como el que se juzga, “debe sostenerse un concurso ideal de delitos, pues con el mismo acto se ha vulnerado de maneras diferentes el bien jurídico tutelado”⁶⁰, tesis compartida por la señora Fiscal y planteada en la acusación.

gráfica- “vidente”, la causalidad, “ciega””. Citado por Joaquín Cuello Contreras, El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito/1, segunda edición. Editorial Civitas, Madrid 1996, p 287.

⁵⁷ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente auto, al ocuparse del estudio del delito de genocidio, y luego de hacer alusión a que “[p]revio a la expedición de la Ley 589 de 2000, aún no se hablaba” de ese delito “ni de crímenes de impacto internacional”, “[e] mayor problema que se presenta con esta clase de tipificación respecto de las mencionadas conductas, antes del establecimiento de este conjunto de figuras como delitos dentro de la Legislación Penal interna, tiene que ver [...], con la no identificación de la finalidad perseguida con la comisión de alguna de ellas, razón por la cual no se judicializa ni se juzga el verdadero propósito de la conducta”. (Auto del 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos).

⁵⁸ Con lo hasta aquí sustentado se descarta el argumento jurídico expuesto por el defensor del procesado encaminado a que se declare la cesación del procedimiento por atipicidad por la no existencia del tipo penal de desaparición forzada en el Decreto Ley 100 de 1980 (fls. 90 a 142 c.o. 39). Esto teniendo en cuenta que si bien para la fecha de ocurrencia de los hechos el delito que aquí se juzga no se encontraba descrito en la legislación penal, los actos constitutivos de esa modalidad delictiva, se itera, se enmarcaban en el tipo penal de secuestro agravado, supuesto diametralmente diferente a aquel en donde la hipótesis delictiva no encuentra respaldo normativo alguno al momento de la ocurrencia del acontecer delictivo.

⁵⁹ Córdoba Triviño Jaime, ibídem, p. 173 y 174.

⁶⁰ Ibídem.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en criterio del Juzgado, si se parte de ese planteamiento se vulnera el principio general del derecho penal *nom (sic) bis in ídem* material⁶¹ ya que si bien nos encontramos ante una unidad jurídica de acción⁶² en donde aparentemente se transgrede varias normas penales⁶³, un análisis más riguroso permite apreciar que sólo existe el delito complejo de desaparición forzada agravada ya que: *i)* recoge el desvalor del punible de secuestro agravado, porque además de ostentar mayor riqueza descriptiva, protege a la par de otros bienes jurídicos tutelados el de la libertad individual. La jurisprudencia y doctrina, han sido pacíficas en señalar que este fenómeno se resuelve con base en el principio de *consunción* según el cual: “[...] *el tipo penal complejo o consuntivo,...* por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro

⁶¹ Entendido bajo la acepción: “Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de marzo de 2007, radicación 25629.

⁶² Resulta importante resaltar lo expuesto por la Corte Suprema respecto de la unidad de acción en los delitos permanentes así: “Ese delito (refiriéndose al delito permanente), de otra parte, dentro de la doctrina importante ha sido concebido mayoritariamente como una pluralidad de actos seguidos, continuos, que integran una sola singularidad, es decir, una sola conducta o, si se prefiere, un sólo delito. Así, por ejemplo, se ha expresado:

Según Silvio Ranieri, para los fines del derecho, la conducta que ocasiona la consumación y la conducta de la que depende la prolongación del estado antijurídico, se unifican en una conducta unitaria [Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general. El derecho penal objetivo. El delito. Bogotá, Temis, 1975, T: Jorge Guerrero, página 327].

Para Francesco Carrara, el delito permanente es siempre único [Programa de derecho criminal. Parte Especial, Volumen VII. Bogotá, Temis, 1982, reimpresión de la cuarta edición, T: J. J. Ortega T y J. Guerrero, página 222].

Con palabras de Hans-Heinrich Jescheck, “La creación del estado antijurídico forma con los actos destinados a su mantenimiento una acción unitaria” [Tratado de derecho penal. Parte general. Volumen Segundo. Barcelona, Bosch, 1981, T: S. Mir P. y F. Muñoz C., página 998].

De acuerdo con Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, “el delito permanente es un delito único en cuanto lesivo de un mismo bien jurídico [Diritto penale. Parte generale. Bologna, Zanichelli, 1999, 5ª reimpresión de la 3ª edición, -de 1995-, página 171].

La reseña ejemplificativa que hace la Sala puede culminar con el pensamiento claro de Antonio Pagliaro, quien sobre el tema explica: “El delito permanente es un delito único, y no una forma de conexión de delitos. De aquí resulta que los efectos típicos del reato permanente son siempre aquellos del delito único y jamás los de la pluralidad de delitos” [Principi di diritto penale. Parte generale. Milano, Giuffrè, 1980, 2ª edición, página 500]. Sentencia del 30 de marzo de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁶³ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, parte general, 3era edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, 1990, sobre el particular enseña lo siguiente: “Cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que uno solo puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in ídem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes”.

de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: lex consumens derogat legis consumptae. En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento”⁶⁴. Por lo anterior, ii) se afianza la característica de ser un punible especial, de aplicación preferente en comparación con el delito general de secuestro⁶⁵, lo cual encuentra sustento en la denominada regla de especialidad, según la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “[u]na norma es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: a) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: lex specialis derogat legi generali”⁶⁶.

En conclusión, se hace evidente que a efectos de evitar una doble sanción por un mismo hecho delictivo, acudiendo a los postulados de especialidad y consunción, deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada, tipo que si bien desvalora la infracción al deber de brindar información respecto del paradero de la víctima o su cadáver, hace lo propio en cuanto a la privación ilegal de la libertad, de tal forma que el desvalor del secuestro agravado se recoge en el tipo penal especial de mayor riqueza descriptiva.

Con lo hasta aquí expuesto de contera se desvirtúa la tesis de la defensa propuesta durante el trámite proceso (instrucción y juzgamiento), en el

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de julio de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁵ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al concurso aparente de delitos, ha expuesto: “Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal”. *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

sentido de que los hechos materia de investigación permiten la configuración de la hipótesis delictiva del secuestro agravado.

- **De la prescripción.** Resuelto el problema jurídico del concurso aparente de conductas punibles, sobra efectuar algún pronunciamiento respecto de la eventual prescripción del delito de secuestro agravado, tema propuesto por el togado de la defensa en el devenir de la actuación⁶⁷.

En lo que concierne a la solicitud de extinción de la acción penal por la causal aludida para el delito de desaparición forzada agravada, deberá precisarse que si bien, acudiendo a una aplicación favorable de la legislación penal, el canon 80, en concordancia con el 82, del Decreto Ley 100 de 1980, establecía un término máximo de prescripción igual a 20 años, no hay que olvidar que el punible de lesa humanidad por el que se juzga al Coronel © LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA es de carácter permanente, por lo que dicho término, acudiendo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia⁶⁸, se extiende hasta la “*ejecutoria del cierre de investigación*”, esto es, hasta el 21 de enero de 2008, bajo el aparente entendido de que el procesado desarrolló el comportamiento ilícito hasta esa fecha, y será entonces a partir de la “*ejecutoria de la resolución de acusación*”, 26 de febrero de 2008, que empezará a contarse el tiempo de prescripción de la acción penal.

El Tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, reiteradamente ha venido sosteniendo:⁶⁹

Desde luego, no ha sido del todo pacífico el tema, para la Sala, respecto de los delitos de ejecución permanente, pues si bien no se requería para la consumación del fraude procesal resultado alguno, su permanencia se prolongaba en el tiempo hasta cuando subsistiera la potencialidad del error en el funcionario cuyos efectos fraudulentos se materializaban en un acto jurídico, buscado por el agente, situación que delimitaba el término de prescripción al indicarse que comenzaba a contarse desde el último acto.

3.2. La Sala en punto al delito de ejecución permanente, sentó las bases hermenéuticas, en auto del 22 de mayo de 2000 dentro del radicado 13.557 y, en idéntico sentido, en sentencia del 20 de junio de 2005 al reconocer la prescripción de la acción en delitos contra el régimen constitucional; afirmándose allí que “cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente... en consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento

⁶⁷ En memorial radicado en este Juzgado el 10 de julio de 2009, decisión diferida mediante auto del 10 de agosto de 2009 (fl. 160, c.o. 39), también en alegatos de conclusión.

⁶⁸ A pesar de que la legislación haga referencia a que: “la prescripción de la acción empezará a contarse [...] desde la perpetración del último acto” para los delitos “permanentes” (art. 83, Decreto Ley 100 de 1980. En igual sentido el canon 84 de la Ley 599 de 2000).

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de julio de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz. Véase, entre otras: la sentencia del 25 de junio de 2008, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés y la decisión del 18 de marzo de 2009, rad. 27710, M.P. María del Rosario González de Lemos.

ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea a penas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia, i) los actos posteriores podrían ser objeto de un proceso distinto; y, ii) a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2° del artículo 84 del Código Penal”.

En consecuencia, enfrentadas las dos tesis, resulta obvio para la Sala, que en el tema de los delitos de ejecución permanente, se produjo una nueva interpretación la cual consiste en no extender la potencialidad del daño hasta el querer finalístico del infractor el que confluía en el “último acto”; sino hasta el cierre de investigación y, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación se inicia el término de prescripción de la acción penal, tal y como se viene decidiendo en variados pronunciamientos de idéntica temática. [...] La Sala Penal de la Corte, en esta oportunidad reitera y unifica su criterio jurídico respecto al tiempo en que debe iniciarse el término de prescripción de la acción penal para aquellos delitos de conducta permanente, el cual como se interpretaba antes, ya no depende del “último acto” sino desde la ejecutoria de la resolución de acusación.

Desde luego que la jurisprudencia realizó un cambio sustancial y favorable en la interpretación de aquellos punibles de conducta permanente, al establecer un límite en el tiempo para entender que la potestad investigativa en cabeza de la Fiscalía fenece con la ejecutoria del cierre de investigación y, en consecuencia, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, se inicia el conteo del término prescriptivo de la acción penal, en armonía con los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000 [...] iv) La acción penal es prescriptible en Colombia de acuerdo a los artículos 28 constitucional 83 y siguientes del Código Penal.

v) Viene afirmando la Sala que la resolución de acusación es pilar fundamental del proceso al garantizar la unidad temática en sus vertientes fáctica, conceptual y jurídica, con el objeto de limitar en el juicio, cualquier clase de abuso o irregularidad que pudiese presentarse de no existir la imputación formal; resolución que se encuentra inescindiblemente vinculada al cierre de investigación; es por ello que la ejecutoria de la resolución de acusación, marca el sendero cronológico, en los delitos de ejecución permanente, al que la sentencia debe supeditarse en atención al límite prescriptivo de la acción penal.

vi) Asimismo, con el cierre de investigación ejecutoriado, para no consolidar la idea de imprescriptibilidad de los punibles de ejecución permanente, se hace necesario sopesar el acto antijurídico hasta ese preciso momento; aceptando como un hecho cierto que cesó la conducta contra derecho, en punto al delito de fraude procesal. Luego, entonces, a partir de la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, es procedente contabilizar el término ordinario de prescripción de la acción penal, por tanto, los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto. (Resaltado por el Despacho).

Es por lo anterior, que la solicitud del señor defensor no ostenta vocación de prosperidad.

- Del agravante. De otro lado, el inciso segundo del canon 165, aplicable para este caso, al igual que la circunstancia de agravación imputada, establecen elementos que cualifican al sujeto activo⁷⁰. Sobre el particular, hay que

⁷⁰ En inciso segundo del precepto 165 menciona al “servidor público”, en tanto que el agravante contemplado en el inciso 1 del canon 166 alude a “quien ejerza autoridad o jurisdicción”.

precisar que la condición de servidor público se predica del momento en que tuvo ocurrencia la acción típica violatoria de los bienes jurídicos protegidos por la norma, sin que sea necesario que la investidura de militar, con autoridad o jurisdicción a que alude la norma agravatoria, que para ese entonces ostentaba el procesado, estuviera presente durante todo el tiempo en el que se ha verificado la situación antijurídica, de tal suerte que el deber de brindar información acerca del paradero de la persona no desaparece por la circunstancia de haber pasado a gozar de buen retiro, como en su momento lo dejó entrever el señor defensor⁷¹. Al respecto, resulta pertinente aludir a lo indicado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en los siguientes términos: *“Para este Tribunal es inadmisibles el alegato del Estado conforme el cual en este caso existía un “obstáculo insuperable” para la aplicación del delito de desaparición forzada de personas vigente en México, ya que el presunto responsable había pasado a retiro con anterioridad a la entrada en vigor del tipo penal. La Corte Considera que mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada permanece invariable independientemente de los cambios en el carácter de “servidor público” del autor. En casos como el presente en los que la víctima lleva 35 años desaparecida, es razonable suponer que la calidad requerida para el sujeto activo puede variar con el transcurso del tiempo. En tal sentido, de aceptarse lo alegado por el Estado se propiciaría la impunidad”*⁷².

Por otro lado, el numeral 5 del artículo 270 del decreto 100 de 1980 de manera genérica señalaba: *“Cuando el delito se comete por persona que sea empleado oficial o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado”*. De la redacción de la norma se entiende que bastaba con la acreditación, simple y llanamente, de la condición de militar para imputar la agravación, diferente a lo que acontece en el actual código de penas en donde la circunstancia agravante endilgada, contenida en el numeral 1 del canon 166, específicamente se refiere a: *“quien ejerza autoridad o jurisdicción”*.

Lo anterior debe entenderse en correspondencia con el artículo 20 del Código Penal que indica: *“Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política” (subraya puesta por el Despacho).

⁷¹ Fl. 120, c.o. 39. Con base en lo sostenido por el Despacho, se deja sin fundamento lo afirmado por el señor defensor en el sentido de que en cabeza de su prohijado no radica el deber de brindar información porque “desde 1992 se retiró del ejército” (Fl. 125, c.o. 39). Ello en consideración a que, se repite, esa obligación se predica del momento de la ocurrencia de los hechos que se extiende hasta la época actual por el carácter permanente que acompaña al delito de desaparición forzada, deber que no termina por el simple hecho de haber perdido la calidad de servidor público.

⁷² Decisión del 23 de noviembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

Ahora, resulta adecuado mantener el agravante que acompaña al delito de desaparición forzada en tanto que la característica que distingue al miembro de la fuerza pública con *autoridad o jurisdicción* es una especial circunstancia que tenía cabida en la generalidad “*miembro de las fuerzas de seguridad del Estado*”; o sea, lo que quiere referir el Despacho con ello, es que en la anterior codificación el juicio de reproche era igual para todos aquellos que formaran parte “*de las fuerzas de seguridad del Estado*” lo cual resultaba inconveniente e injusto⁷³, distinguiéndose de ese grupo, para la descripción actual del agravante para el delito de desaparición forzada, a aquellos que ostentan “*autoridad o jurisdicción*”, manteniéndose en el tipo penal la calidad especial del sujeto activo.

- **De la legalidad y la favorabilidad.** Desde su primigenia concepción hasta la época actual, se ha concebido que el principio de legalidad se soporta en tres postulados esenciales a saber: *i*) sólo puede imponerse una pena previamente establecida en la Ley (*nulla poena sine lege*); *ii*) para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito (*nulla poena sine crimine*); y *iii*) la infracción viene determinada por la pena legal (*nullum crimen sine poena legale*). Con base en lo anterior, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se ha establecido los siguientes requisitos: una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera: *a*) prevista al tiempo de su comisión (*lex scripta*); *b*) vigente para el momento de comisión de la conducta (*lex praevia*); *c*) definida con claridad suficiente (*lex certa*); *d*) que no fuera ampliable por analogía (*lex stricta*); y *e*) cuya pena estuviera establecida en la norma en cuestión (*nulla poena*)⁷⁴.

Este postulado, encuentra respaldo constitucional en el inciso segundo del canon 29 superior que prescribe: “nadie podrá ser Juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

De igual manera, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000, recoge la aludida garantía judicial en los siguientes términos:

Legalidad. Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. /La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. /La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Partir de la consideración antes expuesta, según la cual ante la presencia de un concurso aparente de delitos debe escogerse el de mayor riqueza

⁷³ Ya que, por ejemplo, no se puede igualar el actuar de un soldado “raso” con un militar de más alto rango.

⁷⁴ Sobre el particular, puede verse, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema De Justicia: rad. 28.059, M. P., Dra. María del Rosario González de Lemos; y el rad. 24.030, M. P., Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

descriptiva, que para este caso es el de desaparición forzada agravada recogido en los cánones 165 y 166 de la Ley 599 de 2000, de ninguna manera va en detrimento de la legalidad, toda vez que su aplicabilidad se predica en tratándose del momento de la comisión de la conducta, por manera que si se está en frente de un delito instantáneo la Ley aplicable será la que estuviera vigente antes de cometerse el punible, pero teniendo en cuenta la naturaleza permanente del tipo de desaparición forzada, como ya se explicó, ello permite que se aplique a la situación antijurídica que se ha mantenido vigente por voluntad del procesado, por cuanto el autor no puede ampararse en haber desarrollado parte de la actividad delictiva en vigencia de una Ley más favorable, ya que, a pesar de la consecuencia gravosa que acarreó la tipificación de la conducta de lesa humanidad no se motivó por dicha circunstancia pudiendo desistir, sino que decidió proseguir con su comportamiento antijurídico. Como consecuencia de lo anterior se descarta la vulneración del principio de irretroactividad de la Ley penal, contrario a lo propuesto por el togado de la defensa.⁷⁵

Al mismo tiempo, el argumento aquí expuesto respeta el principio de culpabilidad y el de igualdad ya que no se puede comparar a quien decidió detener su actuar ilícito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien la continuó cometiendo a pesar de ello.⁷⁶

⁷⁵ Memorial del 10 de julio de 2009, decisión diferida por medio de auto del 10 de agosto de ese año (fl. 160, c.o. 39).

⁷⁶ Un sector importante de la doctrina respalda la tesis aquí expuesta. Reflejo de ello es lo descrito por el profesor Juan Fernández Carrasquilla en los siguientes términos: “En los delitos permanentes y continuados, la doctrina sostiene de vieja y actual data las más dispares posturas en cuanto al momento de realización y la Ley aplicable. Por ejemplo Grisigni aboga porque se inculpe solamente la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley, en tanto que a Jiménez de Asúa, quien en esto sigue a E. Schmidt, se le hace ello insostenible, y aduce que rige aquí también el favor rei. Por el contrario, sostiene Antolisei que “debe aplicarse la ley posterior, aun cuando sea menos favorable, porque bajo su imperio se ha desenvuelto también una parte de la acción ejecutiva”. Por la ley vigente al momento en que se ejecutó el último acto o fragmento de acción, se pronuncia BETTIOL.

Dado que el art. 20 del C.P. no resuelve el problema, nos inclinamos por la tesis de que se aplica la ley vigente al momento del último acto: si es favorable, porque se aplica retroactivamente a todo el delito, por mandato constitucional, y si es desfavorable porque bajo su vigencia también se ejecutó el acto delictivo y la expedición de la ley no bastó para inspirar el fin de la ejecución [...] Esta doctrina la expone Fontan Balestra: “(si) la nueva ley es menos favorable, la consumación se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene al momento de entrar en vigencia la nueva ley, y esta resulta aplicable, puesto que el hecho se consuma también durante su vigencia. Es decir, que la nueva ley que tipifica o agrava el hecho, es predicable si una situación preexistente se mantiene”, a pesar de ella.

Parece que en Alemania no se presta a duda que entre las varias leyes vigentes entre el hecho y el juicio, se aplica siempre la más benigna. Pero, a nuestro entender, esto no resuelve el problema planteado, porque en los delitos permanentes y continuados la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales y no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultractivar una ley favorable pese a que el

Se corresponde con lo aquí argumentado, lo descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“238. Al respecto, el Tribunal ha establecido que la desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple de varios derechos protegidos en la Convención. En tal sentido, y en atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa al plagio o secuestro, tortura u homicidio, entre otras.

239. La Corte observa que el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001 [...], es decir, con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el Juez de Distrito en turno realizada en agosto de 2005 [...]. En tal sentido el Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva Ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.”⁷⁷

Del mismo modo, la Corte Penal Internacional, ha precisado: *“Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”⁷⁸.*

Por otro lado, además de lo expuesto, no hay que olvidar que nos encontramos ante un delito considerado de lesa humanidad, el cual, a pesar de no estar consagrado en la normatividad penal con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, ni antes de la aprobación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, debe considerarse que para la época de los hechos ya existían instrumentos internacionales que abogaban por la protección de los bienes jurídicos que en la actualidad resguarda el tipo penal, normas que desde antaño hacen parte del *ius cogens*

agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo y que sin duda, frente a su último acto ejecutivo, es la ley vigente al momento de realizarlo. Tal posición equivale a dejar impune parte del hecho ejecutado bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa con respecto a quienes hayan comenzado a realizarlo después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación. Con Razón expresamente se pronuncia Roxin por la aplicación en estos casos de “la ley que esté vigente en el momento de la terminación del hecho”. (resaltado fuera del texto). Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental 1. Tercera edición reimpresa. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2007. p.p 278 y 279.

⁷⁷ Decisión del 23 de noviembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁸ Sentencia del 26 de noviembre de 2008, caso Tiu Tojin vs. Guatemala. Citada por Ambos y Bôhm en *ibidem* p. 237.

o derecho consuetudinario reconocido en la Constitución de 1886 y de obligatorio cumplimiento para el Estado.^{79 80} En este sentido se ha referido

⁷⁹ El término *ius cogens* alude al acatamiento de ciertas normas reconocidas por el derecho internacional por parte de los Estados sin necesidad que medie para tal efecto tratado de derecho público.

Al respecto, el artículo 121 de la Constitución de 1986, hacía mención a que en épocas de perturbación del orden público y en Estado de sitio, el gobierno ostentaba además de las facultades legales, las que “la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre las naciones”, integrando en ese precepto las hipótesis de guerras de carácter internacional con los conflictos armados internos, canon que necesariamente debía ser interpretado en concordancia con el artículo 19 superior que prescribía: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales [...]”.

⁸⁰ No se debe olvidar que para la época de los hechos existía un cúmulo de normatividades internacionales que propendían por la represión de comportamientos atentatorios de Derechos Humanos. Así, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en 1948, periodo de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, que contiene unos principios que se consideran esenciales en cuanto al respeto de los derechos básicos de los seres humanos. Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969, en sus artículos 6 y 7 prohíben la privación arbitraria de la vida y la libertad, condenan el delito de genocidio, al igual que los tratos crueles, inhumanos y degradantes. En los Artículos 9 y 10 del mismo Pacto, se hace un énfasis específico en los derechos de las personas privadas de la libertad y las condiciones de retención, se menciona de manera explícita el derecho que tiene las personas retenidas a la información sobre los motivos de su detención y la necesidad de reparar a la víctimas de detenciones arbitrarias. “Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pactada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, (también conocido como

la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que al abordar el tema del juzgamiento del delito de lesa humanidad genocidio, que para la época de comisión de los hechos, 11 de noviembre de 1988, no estaba incorporado en la legislación penal y cuyo comportamiento se encontraba recogido en el tipo penal general homicidio agravado, conceptuó:

“ [...] si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

Con claridad, se reitera, antes de la expedición de la Ley 589 de 2000 ya existía la proscripción de los delitos como el genocidio, lo que permite –sin violentar el principio de legalidad– que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna. Es evidente la trascendencia internacional que connota la comisión de esta clase de conductas, ya definidas como de lesa humanidad, tanto así que, es reprochable la mora del legislador en implementar leyes de carácter interno que sancionen eficazmente las mismas, pero ello no es óbice para desconocer la existencia de una norma supranacional que obliga a darle cumplimiento y efectivizar las penas en contra de los autores de tan penosas conductas. Máxime, cuando al tratarse de un crimen catalogado como de nivel internacional y atentatorio de la dignidad humana, para su tipificación deben tenerse principalmente en cuenta los estándares internacionales, por lo que, una vez más se repite, su consagración normativa internacional previa como delito, permite que su adecuación bajo los parámetros y condiciones aquí expuestas no sea violatoria del principio de legalidad y, aún más, si se tiene en cuenta lo consagrado en el inciso 1º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con entrada en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968, donde se habla de una tipicidad no solo nacional, sino también, internacional”.

Continúa la Corte:

“[...] no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad [...]”⁸¹

A más de de lo planteado, con el fin de brindar una solución al problema propuesto por la defensa en cuanto a la aplicación de la Ley penal más

Pacto de San José), reitera, de manera categórica que: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, así como el derecho a un juicio justo y en concordancia con la Ley.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

favorable, pertinente resulta enfatizar que: distinto es el análisis del evento en el que un delito permanente respecto del cual durante la prolongación del estado antijurídico se ha presentado una sucesión de leyes, en donde la última disposición agrava la situación del reo por disponer, por ejemplo, un aumento punitivo; de aquel que ocurre cuando la acción típica que en un principio estaba recogida en un *nomen iuris*, continúa consumándose y con posterioridad pasa a formar parte de una nueva normativa penal de manera autónoma y bajo una nueva descripción, como acontece en este caso con el secuestro agravado y la desaparición forzada agravada. En el primer supuesto, acudiendo a normas de raigambre constitucional y a la doctrina de las altas Cortes, resulta imperioso aplicar la norma favorable al implicado. En cambio, en la segunda hipótesis, el principio de favorabilidad no es criterio para escoger la aplicación de un tipo penal en particular en un caso concreto; para lo cual, como se dejó sentado, debe acudir a los principios que resuelven el concurso aparente de leyes.

Por lo anterior, resulta caótica la citación de la sentencia de la Corte Suprema del Justicia del 30 de marzo de 2006⁸², de la forma en que lo hizo la defensa, toda vez que el supuesto de hecho estudiado en esa decisión no guarda identidad con el asunto que aquí se juzga, ya que la alta Corporación, si mal no entiende el Despacho, luego de analizar el delito permanente de inasistencia alimentaria, conceptuó que en tratándose del fenómeno de la sucesión de Leyes en el tiempo debería escogerse y aplicarse “la disposición más benigna” en consideración a la que comporte “menor carga punitiva”⁸³, criterio que se comparte plenamente, el cual será tenido en cuenta al momento de establecerse la pena eventualmente imponible, pero que en manera alguna para el Despacho permite solucionar el problema jurídico del concurso aparente de tipos suscitado en el *sub judice*.

La Corte Constitucional sobre el principio de favorabilidad ha considerado que: “*l*el principio de favorabilidad penal constituye un elemento fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional e implica que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Esta cláusula se encuentra incluida en tratados internacionales de derechos humanos, a partir de los cuales en asuntos punitivos debe preferirse la ley benigna frente a la desfavorable como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [*]<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-434-07.htm> - ftn42# ftn42 y la Convención Americana de Derechos Humanos [*]”⁸⁴ (subraya fuera del texto).

Resuelto el problema jurídico relacionado con la tipicidad de la conducta investigada, en la forma como se expresó, no tienen vocación de prosperidad las solicitudes de cesación de procedimiento propuestas por la defensa.

⁸² Radicado 22813, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁸⁴ Sentencia T-434 del 29 de mayo 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

(....) 6.3.2 ANÁLISIS PROBATORIO SOBRE MATERIALIDAD (....)

6.3.3. RESPONSABILIDAD.

Breve referencia a la figura de la autoría mediata y sus diferencias con la coautoría.

Si bien la señora Fiscal no identificó categóricamente a que título imputó la responsabilidad endilgada al señor coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, de lo argumentado en la resolución de acusación, así como de los alegatos conclusivos⁸⁵, se infiere que lo hizo en la calidad de *coautor impropio*⁸⁶, imputación que no comparte el Despacho, toda vez que se considera que la solución dogmática que se ajusta al caso en concreto está gobernada por la teoría de la *autoría mediata* por actuar a través de *estructuras organizadas de poder*.

La génesis de la “*autoría mediata por el dominio sobre estructuras organizadas de poder*”⁸⁷, se remonta al año 1963, cuando el profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, realizó su incorporación a la dogmática penal a partir del caso *Eichmann* y de la denominada “*Solución final*”⁸⁸ en Alemania⁸⁹.

⁸⁵ Fl. 97, alegatos finales.

⁸⁶ Página 294, resolución de acusación.

⁸⁷ “También referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de febrero de 2010, rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos.

⁸⁸ En palabras de Muñoz Conde: “[...] en relación concretamente con los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus Roxin desarrolló en 1963 [...] una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.

Una de estas personas fue Eichmann, alto funcionario nazi encargado de la planificación y puesta en marcha de los actos de exterminio ejecutados luego materialmente por otros en los campos de concentración. En el proceso a que fue sometido en Jerusalem y en el que fue condenado a muerte, quedó probado que Eichmann jamás llevó a cabo personalmente algunas de estas ejecuciones, como tampoco las llevaron a cabo personalmente que se sepa Hitler, Himmler o Goebbels, pero ello no fue obstáculo para considerársele responsable de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Para Roxin, la única razón que puede fundamentar esta conclusión es que Eichmann era autor mediato de estos delitos, en la medida en que por su posición en el aparato de poder controlaba y, por tanto, dominaba los hechos que ejecutaban otros (sic)”. Muñoz Conde, Francisc.o. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=articulos>

⁸⁹ Posteriormente, esta teoría tuvo relevancia en los casos de: “[las] Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la

Esta teoría encuentra sustento “en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en este caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables”⁹⁰.

Con base en lo expuesto, Roxin constituye una tercera forma de autoría mediata que se fundamenta en el *dominio de un aparato de poder organizado*⁹¹, que va más allá de los supuestos, tradicionalmente aceptados por la doctrina, en que el ejecutor no es responsable por actuar bajo un supuesto de *coacción* o *error*⁹². Bajo esa nueva perspectiva, el autor mediato no se vale del individuo que se encuentra subsumido en una causal de justificación o inculpabilidad, sino que domina la ejecución del hecho “*sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que [funciona] como una máquina perfecta, desde la cúpula, donde se [diseña], [planifica] y se [dan] órdenes criminales, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales órdenes por las personas intermediarias que [organizan] y [controlan] su cumplimiento*”⁹³, de tal suerte que el instrumento deja de ser el autor material individualmente considerado y pasa a ser el aparato⁹⁴. En palabras del profesor alemán: “[...] el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la

antigua República Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín”; así como en el “caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho-”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de febrero de 2010, rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos.

⁹⁰ Roxin, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Dr.ado “Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Trad. Justa Gómez Navajas. En: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej7/documentos.htm>

⁹¹Valga decir, que “puede incubarse dentro de aparatos estatales o en estructuras propiamente delincuenciales”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de febrero de 2010, rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos.

⁹² Enseña Roxin, haciendo alusión al hombre de atrás: “[t]ampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que i uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”. Roxin Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ediciones jurídicas Marcial Pons. Madrid 2000. p. 272.

⁹³ Suárez Sánchez, Alberto, Autoría. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 320.

⁹⁴ Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de febrero de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos, dejó sentado: “No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquélla con instrumento responsable (sic)”.

muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado”⁹⁵.

De conformidad con lo mencionado, en términos generales, se identifican como “condiciones del dominio de organización” las siguientes⁹⁶: i) “poder de mando [Anordnungsgewalt]”, o “dominio de la organización, bastando con **ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados**, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida”⁹⁷; ii) “la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder”, esto es, “[q]ue el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho”⁹⁸; iii) “la fungibilidad del ejecutor inmediato” “-que no es irresponsable-”⁹⁹, o sea, que pueda ser “libremente intercambiable”¹⁰⁰; y iv) “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor” (negritas fuera del texto).

⁹⁵ Roxin, Claus. El dominio de organización [...] p. 15.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ El profesor Alemán: “Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de [una] manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes tuyas [*] es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar criterio de otros la realización del delito”. Roxin, Claus. Autoría [...] pp. 275 y 276.

En similar sentido puede verse a Gil Gil, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *En*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo único, tomo 61, 2008, p. 73.

Más contundente resulta la afirmación de Alberto Suárez Sánchez cuando sentencia: “[...] todo interviniente que tenga poder en la organización y dé órdenes para la realización de un delito es autor mediato del mismo”. *Ibidem* p. 328.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ídem*. Bolea Bardón, Autoría mediata en derecho penal, citada por Alberto Suárez Sánchez, *ibidem* p. 329, clarifica el aspecto atinente a la responsabilidad del ejecutor en los siguientes términos: “A mi juicio, tanto los que actúan ejecutando las órdenes como los que las dictan desde arriba, son autores. Los ejecutores materiales responden como autores por haber resuelto ejecutarlas en la mayoría de los casos sin actuar siquiera coaccionados. Pero los mandos dirigentes también responden como autores por ordenar la comisión de hechos punibles, pudiendo contar con su efectiva realización, sin necesidad de convencer a cada persona individual. Y ello, porque, o bien se actúa en el seno de organizaciones que operan al margen de la ley, o bien no se actúa, por lo menos aparentemente, en contra del ordenamiento jurídico vigente en una determinada sociedad (piénsese en aparatos estatales que no responden a un modelo de Estado de Derecho, como el caso del III Reich en Alemania)”.

¹⁰⁰ *Ídem*.

Con base en los elementos indicados, se identifica claramente la diferencia que existe entre la aludida *autoría mediata* y la *coautoría*¹⁰¹, lo que permite descartar esa última categoría para casos como el que ocupa nuestra atención, por lo siguiente: *i*) la autoría mediata se basa en una *estructura piramidal*¹⁰², jerárquica, en la cual el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios lo que le permite estar por encima del ejecutor. Por el contrario, la coautoría se estructura de forma *horizontal*, en donde existe acuerdo común entre los partícipes sin relación de subordinación¹⁰³. *ii*) La realización conjunta del ilícito que se predica de la coautoría desaparece en la autoría mediata, ya que el que ordena no conoce quién va a ser finalmente el ejecutor¹⁰⁴, no establecen contacto directo, no se encuentran al mismo

¹⁰¹ No sobra clarificar que las distinciones a que se alude con posterioridad también son predicables para la modalidad de coautoría impropia, supuesto en el cual “los sujetos autores no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de julio de 2002, rad. 11682.

¹⁰² La cual le garantiza al autor mediato la obtención del resultado deseado.

¹⁰³ En este sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia con relación a la coautoría: “Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. División quiere decir separación, repartición. Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común. El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración. Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional. La fase objetiva comprende: Uno. El codominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos [...]. Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva”. Sentencia del 21 de agosto de 2003, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

¹⁰⁴ Esto, se itera, dada la fungibilidad del subordinado. Al respecto, para entender la forma en que se transmiten las órdenes del autor mediato al ejecutor, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado ese fenómeno en los siguientes términos: “Así como se presenta en la cadena, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictivo lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

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

nivel, ni deciden conjuntamente nada. Por esta razón se ha argumentado: *“La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la fungibilidad. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes [...]. No interesa por consiguiente tanto el “cómo” de la ejecución de la orden cuando el “sí” está asegurado”*¹⁰⁵. iii) Deviene de lo predicho que la coautoría se basa en un co-dominio funcional del hecho, en tanto que la autoría mediata se funda en un dominio de la voluntad en cabeza del *“hombre de atrás”*¹⁰⁶ quien tiene *“el dominio de la organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición”*^{107 108}.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí argumentado, la tesis que acoge el Juzgado tiene sustento en que el sentenciado, para la época de los hechos, se desempeñaba como militar activo del Ejército Nacional en el grado de Teniente Coronel y Comandante de la Escuela de Caballería, lo que permite ubicarlo en una posición preeminente dentro de la estructura de poder estatal; por tal razón, como se verá enseguida, el Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA ostentaba poder, mando y capacidad de impartir órdenes a sus subordinados. Además, en atención al acervo probatorio recabado, se arriba al convencimiento de que el implicado y los miembros de la ESCAB, tuvieron participación activa durante el desarrollo de la operación táctica y de inteligencia de combate dirigida y coordinada por la Décimo Tercera Brigada, para ese entonces Brigada de Institutos Militares, para la recuperación del Palacio de Justicia y la liberación de rehenes en poder del grupo al margen de la ley, autodenominado M-19.

De la aceptación de la teoría en la jurisprudencia nacional. Como se dejó sentado al inicio de este aparte, los Tribunales Superiores de Justicia de otros Estados, al juzgar delitos violatorios de derechos humanos en donde existe participación plural de sujetos, han acogido la teoría de Claus Roxin con el fin de responsabilizar a quienes, ostentando poder de mando dentro de una estructura organizada de poder, no han ejecutado los punibles por

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. (Sentencia del 2 de septiembre de 2009).

¹⁰⁵ Ambos, Kai, Como imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional. Fundamentos y formas. Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 101.

¹⁰⁶ El dominio que posee quien maneja el sistema recae sobre una voluntad indeterminada, no concreta, toda vez que cualquiera que sea el ejecutor de la orden delictiva producirá el hecho.

¹⁰⁷ Roxin, Claus. El dominio de organización [...] p. 15.

¹⁰⁸ En efecto, teniendo en cuenta el diseño de la estructura, el superior que imparte la orden, la cual será obedecida, domina el curso causal del episodio, por cuanto de su sola voluntad depende la consumación o no del delito, cuya ejecución está a cargo del subordinado.

propia mano. Así, encontramos como antecedente próximo la sentencia proferida por la Corte Suprema de la República del Perú en contra de Alberto Fujimori Fujimori, de la cual resulta de especial interés destacar los siguientes fundamentos: *"(i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas"*¹⁰⁹.

Este criterio jurídico no escapa a nuestro país, en donde, luego de varios pronunciamientos emanados de diversos sectores de la doctrina penal nacional¹¹⁰, la honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido la tesis

¹⁰⁹ Aparte citado a pié de página por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de febrero de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹¹⁰ Véase, entre otros, a: Aponte Cardona, Alejandro. Observaciones al documento guía y presupuesto de elaboración del protocolo. Programa presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Proyecto Lucha Contra la Impunidad –PLCI, Consultoría especializada para la elaboración de un protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio a persona protegida (Ref. TORS002-P10-V2.1). Publicado en <http://www.derechoshumanos.gov.c.o./index.asp> En la parte final de este documento, el autor luego de hacer referencia a varios asuntos sentenciados por la Corte Suprema de Justicia, comenta: "No obstante, la Sala Penal se muestra tímida frente a la necesidad de asumir hoy discusiones que son insoslayables y que hacen parte de la discusión global en derechos humanos y derecho internacional humanitario. La Sala Penal sí da cuenta de la discusión, cita a Roxin y su concepción más ortodoxa; acepta, lo cual es importante, que el artículo 29 del Código Penal sí da pié para su aplicación, pero se inclina más hacia la noción de coautoría impropia por división del trabajo. A partir de allí, considera la Sala que no es necesario "ocuparse de las estructuras organizadas de poder, como explicación racional para endilgar también a los dirigentes de aquellos gremios los delitos cometidos por sus militantes de menos rango o jerarquía (sic)". Y remata diciendo: "(Lo cierto es que en el artículo 29 del Código existe la posibilidad en principio de aplicar todas las soluciones dogmáticas y serán los casos futuros los que han de definir si la Sala Penal, tal como lo hace hoy la Fiscalía, jueces de instancia y la Procuraduría, acepta esta tesis o, por lo menos, aborda sus consecuencias en los contextos históricos actuales de internacionalización o globalización del derecho) (sic)".

Resulta de suma importancia resaltar también lo expuesto por el Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Julio Enrique Socha Salamanca, quien, luego de exponer las diferentes tesis que ha manejado la Corporación en casos en donde se aprecia intervención plural de sujetos en la comisión de conductas punibles, y luego de transcribir apartes del fallo del 7 de marzo de 2007, rad. 23825, en la cual la Corte descartó "la figura del dominio de la voluntad en virtud de las estructuras

expuesta con el fin de brindar una solución más razonable a aquellos eventos en los cuales el autor mediato se vale de un entramado al margen de la Ley para llevar a cabo la ejecución de delitos de extrema gravedad, lo que permite abrir camino a una nueva interpretación del inciso primero del artículo 29 del Código de penas¹¹¹, en el sentido de abandonar la clasificación restrictiva de autoría mediata, que consideraba al instrumento irresponsable por haber actuado inmerso en un error invencible o bajo insuperable coacción y considerar dentro de esa categoría al ejecutor penalmente responsable.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia si bien ya se había referido a la *autoría mediata* por actuar a través de *estructuras organizadas de poder*¹¹², no fue sino hasta la decisión del 23 de febrero de 2010 que decidió actualizar su jurisprudencia en el sentido de considerar que: “cuando se está ante el fenómeno delincuencia derivado de estructuras o aparatos de poder organizados[*], los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos[...] y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-”¹¹³. Decisión en la que se incluye, en la definición de posibles autores mediatos y ejecutores directos, a miembros de estructuras de poder estatal, cuando hace referencia a “comandantes” y “soldados”. (...) De lo anterior se

organizadas de poder” y optó por atribuir la responsabilidad a los “miembros de una organización subversiva con distintos grados de jerarquía” en grado de “coautoría”, precisó: “Dicho criterio, sin embargo, tendrá que ser analizado más a fondo en futuros pronunciamientos, bien sea para corroborarlo, aclararlo o corregirlo, en la medida en que la Corte debe profundizar en el criterio de la fungibilidad como modalidad de la autoría mediata, porque además merecen mayor atención las objeciones acerca de la coautoría como forma de participación plural de personas dentro de las estructuras organizadas de poder han presentado ciertos sectores de la doctrina.

Así, por ejemplo, como bien lo ha destacado Ibáñez Guzmán en relación con el elemento consistente en el acuerdo común, “para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito”¹³, aspecto que no podría predicarse de las maquinarias de poder jerarquizadas, cuya organización por razones obvias es de corte vertical y no horizontal.

Asimismo, quienes imparten las órdenes en tales organizaciones no suelen participar de manera alguna durante la ejecución de la conducta punible y, por lo tanto, quedaría en entredicho la concurrencia del aspecto objetivo de la coautoría, atinente al aporte funcional de quienes intervienen en el hecho”. Socha Salamanca, Julio Enrique. Concurso de personas en el delito. *En*: Revista No. 26, Corte Suprema, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p. 55.

¹¹¹ Que reza: “ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

¹¹² Véase, entre otras: la sentencia del 2 de septiembre de 2009, rad. 29221, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; así como la sentencia del 3 de diciembre de 2009, rad. 32672, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹¹³ Rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos. Posición plasmada con posterioridad en la sentencia del 18 de marzo de 2010, rad. 27032, M.P. María del Socorro González de Lemos.

desprende que efectivamente el Coronel PLAZAS VEGA, como resultado de las labores de inteligencia de combate, permanentemente era informado de lo que acontecía en el Palacio; además, pudo enterarse personalmente de varios acontecimientos porque ingresó, conjuntamente con las tropas que comandaba, al primer piso de esa edificación, dependencia en la cual, como se indicó en un aparte precedente de esta decisión, permanecieron retenidos los once desaparecidos bajo la guarda de las Fuerzas Militares y especialmente de la Escuela de Caballería¹¹⁴.

De igual forma, se pone de manifiesto que la determinación con la que actuó el Ejército Nacional, basada en una postura absolutamente radical, encaminada a reestablecer el orden institucional a cualquier coste, sin importar los derechos de las personas que ahí se encontraban¹¹⁵, civiles y guerrilleros, se corresponde con las desmedidas manifestaciones que en ese sentido expresó el acusado, amparadas bajo el presunto interés de salvaguardar la democracia.

El panorama descrito, lo ha descubierto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al realizar algunas precisiones sobre la “*coautoría por cadena de mando*” en los siguientes términos:

¹¹⁴ Recuérdese que “el peso de la operación” a que aludía el encausado se debió primordialmente a que participó, por un lado, con total resolución en la incursión militar del Ejército por la Puerta principal del Palacio de Justicia; y, por otro, en el restablecimiento del orden del primer piso de esa edificación en donde se encontraba el grueso de los sobrevivientes y entre ellos las personas de quienes hasta la fecha se desconoce su paradero. Sobre el particular, en indagatoria el procesado mencionó: “La Escuela de Caballería se desplazó a la Plaza de Bolívar, en cumplimiento de las órdenes impartidas por el General Jesús Armando Arias Cabrales, Comandante de la Décimo Tercera Brigada. Desarrolló actividades operacionales en el Palacio de Justicia en contra del M-19, en particular la que correspondía al primero y segundo pisos y con la tarea específica de rescatar rehenes o personas secuestradas por el Grupo Terrorista y participar en la recuperación de la edificación que había sido tomada, por el mencionado grupo insurgente[...]. Una vez establecido ese mecanismo de control... esperé órdenes del comandante de la Brigada que me llegaron más o menos a los veinte minutos, media hora, de ingresar con los vehículos al interior del Palacio de Justicia y procedimos a hacerlo, la tarea era ir avanzando piso por piso, rescatando las personas de manos del M-19, las cuales debían ser conducidas a la Casa del Florero, enfrentando obviamente en combate directo con el M-19 a los terroristas en la medida en que fueran atacando la tropa. Obviamente prevalecía el rescate de los rehenes[...].”

¹¹⁵ Como reflejo del pensamiento con el que actuaron los miembros de las Fuerzas Militares, encontramos lo descrito por el Mayor Mario I. Blanco Sandoval, así: “El rescate del edificio por medio de un asalto Militar implicó riesgos evidentes para magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como para decenas de funcionarios públicos, empleados y visitantes. Sin embargo la defensa de las instituciones y de los principios puestos a prueba, estaban por encima y significaban mucho más que los hombres porque encarnan la perennidad de la patria”. CD marcado como “Medios de Palacio de Justicia R/9755.4”, 26J-3. INSP. SEG.CONDOR (18-05-2007). Caballería IMAG_0089

“Existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, los que en principio aparecen a la luz pública efectuados bajo el aparente mando de la legalidad o como resultado de presuntas acciones legítimas en defensa de la patria, la democracia y sus instituciones. En sus inicios al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultados de voluntades individuales y la responsabilidad penal se orienta y recae en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos plurales de características similares.

Al valorar estos comportamientos vistos en su conjunto se puede llegar a la conclusión que obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado¹¹⁶ diseñada en las esferas más altas de la dirigencia, y que desde la apariencia de las justificaciones lo que en últimas hacen es explotar el orden constitucional. No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2° ejusdem se relacionan a través de la coautoría por cadena de mando.

Del mismo modo, resulta razonable pensar que el Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA en gran medida comandó la operación militar, ya que, como él mismo lo adujo, en el interior del Palacio de Justicia se encontraba el General Arias Cabrales, por lo que, a falta del Comandante natural de la Brigada, se hacía necesario que él llevara las riendas del operativo en el exterior, actuando como un importante engranaje en la estructura organizada estatal. En cuanto a este último aspecto resulta paradójica la afirmación que en tal sentido realizó el enjuiciado ante un medio de comunicación escrito en el año de 1995¹¹⁷, oportunidad en la que refirió: *“Fue entonces cuando yo ingresé al Palacio con un grupo de soldados. Lo primero que vi me sobrecogió. En la puerta estaban tirados los cuerpos de los celadores y del administrador del edificio. Yo grité “ríndanse”. Los guerrilleros me respondieron en el acto: “muérase H.P, Viva el M-19”. “Yo también salí. Había que coordinar las acciones militares allá afuera (sic)”* (resaltado por el Despacho).

- Por otra parte, el grado que ostentaba el enjuiciado dentro de la Brigada XIII del Ejército, le permitía impartir órdenes y ejercer el mando sobre los orgánicos de la Escuela de Caballería¹¹⁸; sin embargo, contrario a lo alegado

¹¹⁶ Nota de la Corte. “La ejecución sistemática de delitos (torturas, desaparición forzada, apropiación de menores, etc.) contra la sociedad civil ha sido calificada por la jurisprudencia argentina como “terrorismo de Estado”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho que la condena a los máximos responsables del terrorismo de Estado tiene un valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos (Véase la sentencia en la (sic) caso Simón, S. 1767 XXXVIII, 14 de junio de 2005, Radicación 17.768”.

¹¹⁷ Periódico “El País”, 5 de noviembre de 1995. Titular: “Luís Alfonso Plazas, el Coronel que recupero el Palacio de Justicia”. CD marcado como “Medios de Palacio de Justicia R/9755.4”, 26J-3. INSP.SEG.CONDOR (18-05-2007) INSP.SEG.CONDOR (18-05-2007). Caballería IMAG_0157

¹¹⁸ Sobre este aspecto, el Coronel Marcolino Tamayo Tamayo comentó: “El Comandante de la Escuela o de la unidad táctica es autónomo en ejercer el mando, él puede en un momento dado ordenar a un Capitán cumplir una misión específica, él puede tomar el mando del Teniente, del Subteniente, del Mayor, de cualquiera, porque todos son

por la defensa, durante los sucesos del Palacio de Justicia, integrantes de otras unidades tácticas debieron acatar disposiciones emanadas del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, lo que permite demostrar la intercambiabilidad de los subordinados. (.....) En definitiva, el proceder del inculpado, formó parte, por un lado, tal y como se afirmó en el acápite de materialidad, de la estrategia emprendida por diversos sectores que pretendían aplacar las voces de todas aquellas personas que poseían información o tenían interés en indagar por la suerte de los sobrevivientes del Palacio de quienes no se volvió a tener noticia con el fin último de extender un manto de impunidad alrededor de los funestos acontecimientos acaecidos prevaliéndose de una estructura de personas y medios estatales que operó al margen del Estado de derecho.

De otra parte, la negativa a brindar información del paradero de los desaparecidos, hasta la fecha, por parte del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, atiende a un verdadero “pacto de silencio” acordado entre todos los intervinientes, que se hizo más que evidente al advertir el Juzgado manifestaciones coincidentes que pretendían desviar la atención de lo acontecido con el ignominioso interés de relacionar a ese grupo de personas con el M-19 y arraigar la idea de que los desaparecidos habían “*huido hacia el monte*”¹¹⁹. De igual manera, esa circunstancia se muestra clara cuando se pretende implantar la tesis según la cual los desaparecidos murieron calcinados en el Palacio de Justicia, desconociendo a todas luces medios de prueba que dejan entrever que ellos salieron con vida del Palacio de Justicia, conclusión a la que arribó el Juzgado en grado sumo de certeza en el acápite de “Materialidad” de esta decisión.

Así las cosas, descartado entonces que las personas de quienes no se tiene noticia hasta el día de hoy hubieren muerto calcinados en el interior del Palacio de Justicia, y acreditado que ellos salieron con vida de ese lugar, si se tiene en cuenta que la Brigada XIII del Ejército, con la intervención del Comandante de la Escuela de Caballería, controló la zona a los pocos minutos de iniciada la toma guerrillera, tal y como lo mostraron las imágenes televisivas, custodiando las carreras séptima y octava del centro de la ciudad, a partir de ese momento la tutela de los sobrevivientes quedó a su cargo.

Ante el reprochable actuar de los integrantes del grupo subversivo M-19, quienes crearon la situación de riesgo para las vidas de los civiles que

subalternos del Comandante”. Enseguida explicó: “Lo que no puede es que otro Batallón venga a mandar acá en el Batallón, pero él tiene el mando directo en todo su personal, por eso a mí ni me afectó no me preocupó porque el Comandante me daba las órdenes, era el contacto, yo no podía decirle: ¿oiga mi Coronel y porque no me da las órdenes mí Capitán? No, él es autónomo el Comandante en esa parte”. (Declaración en Audiencia Pública, del 7 de septiembre de 2009).

¹¹⁹ En este sentido se expresó el Coronel ® Edilberto Sánchez Rubiano. *Vid Supra*. “*Modus Operandi*”, p. 138.

se encontraban en la parte interior del Palacio, no puede desconocer el Juzgado que se hacía imperiosa la intervención de la Fuerza pública en aras de reestablecer el orden constitucional resquebrajado; de igual manera, era legítimo que los militares adelantaran labores encaminadas a identificar e individualizar a las personas que eran evacuadas de la zona de conflicto; también, resultaba pertinente que para dicha labor se adecuara la Casa Museo del 20 de Julio como puesto de mando adelantado, de conformidad con los manuales de operaciones vigentes para la época. Pero lo que no se puede concebir en un Estado Social y Democrático de Derecho, es que las autoridades, encargadas de velar por la seguridad de los conciudadanos, por el mantenimiento de la convivencia pacífica y el orden justo, actúen de manera subrepticia con total desconocimiento de la normatividad interna e internacional relativa a la protección de los derechos humanos¹²⁰.

Conclusión. La conducta bajo la tipicidad imputada ha sido efectivamente perpetrada por el encausado, la cual es además antijurídica, como quiera que con ella se vulneró de manera efectiva y sin justa causa, el interés jurídico protegido en forma prevalente por el Estado recogido bajo el criterio de personalidad jurídica.

La acción típica y antijurídica es además culpable, pues fue realizada por persona imputable, con conciencia de la antijuridicidad de su conducta y a quien le era exigible comportamiento conforme a derecho, adecuado a las normas de convivencia en sociedad, por haberse encontrado en perfectas condiciones al momento de su actuar, no obstante lo cual optó por infringir el ordenamiento legal, mereciendo por tanto juicio de reproche.

Por lo expuesto, el Despacho declarará que LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA es autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos (sic) de desaparición forzada, de los que fueron víctimas: Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspez Celis, Gloria Stella Lisarazo Figueroa, Gloria Anzola de Lanao, Norma Constanza Esguerra, Luz Mary Portela León, Irma Franco Pineda, Héctor Jaime Beltrán Fuentes y Lucy Amparo Oviedo, con base en lo dispuesto en el texto original de los preceptos 165 y 166.1 de la ley 599 de 2000, en virtud del postulado de favorabilidad¹²¹.

(.....)

¹²⁰ Vid. Supra, p. 98.

¹²¹ Sea de paso advertir que establecida la responsabilidad penal del procesado en los hechos imputados, se brinda respuesta a las peticiones que fueron presentadas por el profesional del derecho que defendía los intereses del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, en el sentido de brindar información sobre indicios y pruebas de responsabilidad, que fueron diferidas mediante auto del 11 de agosto de 2009 (fl. 174, c.o. 39).

VII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

(...) **Conclusión.** De la pena principal de prisión.

Así las cosas, teniendo en cuenta las consecuencias jurídico-penales previstas por el legislador de la época, que no pueden ser desconocidas en esta decisión y que impiden al Despacho apartarse de la menor sanción prevista para el delito de desaparición forzada, resulta adecuado imponer al Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, una pena privativa de la libertad igual a **TREINTA (30) AÑOS**, misma que, si bien respeta sobremanera las reglas de favorabilidad sobre la aplicación de la Ley Penal, deviene en injusta y no se corresponde con presupuestos de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, teniendo en cuenta, entre otras cosas: la calidad que ostentaba el enjuiciado al momento de los hechos, que lo obligaba a velar por la honra y guarda de los bienes jurídicos de todos los sobrevivientes del Palacio de Justicia; el dolo por él develado, quien, como se dejó sentado, dispuso el traslado de varios sobrevivientes a diversas guarniciones militares, primordialmente a la Escuela de Caballería, y permitió que sobre ellas recayeran tratos crueles e inhumanos para luego ser desaparecidas; así como la cantidad y gravedad de los hechos delictuosos acaecidos.

De la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

De conformidad con la aplicación del postulado de favorabilidad, se preferirá dar aplicación a lo normado en el artículo 44, texto original, del Decreto 100 de 1980, para imponer al señor Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término equivalente a **DIEZ (10) AÑOS**.

VIII. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el funcionario condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

Dicha norma también dispone que no haya lugar a condena de tal naturaleza cuando se establezca que el perjudicado ha promovido de manera independiente la acción civil o la demanda de reparación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Una vez examinado el plenario, se tiene que los ciudadanos: Enrique Rodríguez Hernández¹²², Cecilia Saturia Cabrera Guerra, Alejandra Rodríguez

¹²² Fls. 2 al 5 del C. Parte Civil I, presentada el 29 de mayo de 2003 y admitida mediante resolución del 26 de noviembre de 2003 -Fls. 16 al 18 del C. Pte. Civil I-.

Cabrera¹²³, César Enrique Rodríguez Vera¹²⁴ (Padre, esposa, hija y hermano de Carlos Augusto Rodríguez Vera); Héctor Jaime Beltrán Parra (Padre de Héctor Jaime Beltrán Fuentes)¹²⁵; Jorge Eliécer Franco Pineda (Hermano de Irma Franco Pineda)¹²⁶ y René Guarín Cortés (Hermano de Cristina del Pilar Guarín Cortés)¹²⁷, presentaron demandas a efectos de que se les reconozca como parte civil dentro de la actuación, las cuales fueron admitidas.

Vale anotar que es común denominador dentro de éstas demandas, la finalidad con la que se presentaron, esto es, el reconocimiento de la calidad de parte civil, a efectos de garantizar dentro de la presente actuación, únicamente, los derechos de Verdad y Justicia¹²⁸ en cabeza de las personas mencionadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las personas debidamente reconocidas como parte civil manifestaron que persiguen únicamente la garantía de sus derechos a la verdad y a la justicia; y que, adicionalmente, ya se han reparado a algunos de ellos dentro de procesos administrativos¹²⁹, el Juzgado se abstendrá de condenar en perjuicios al procesado, Coronel ® Luis Alfonso Plazas Vega. (.....)

IX. OTRAS DETERMINACIONES

1. Compulsar copias a efectos de que se investigue:

1.1 El hecho del conocimiento previo que, al parecer, tuvo la Fuerza Pública del propósito del M-19 de tomarse el Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985, su no evitación y facilitación, situación que se vislumbra, entre otras, con la declaraciones de Edgar Villamizar Espinel, cuando afirmó que recibió la orden de alistamiento el día anterior a los hechos, ya que tendría lugar *“una situación de orden público en Bogotá”*.

¹²³ Fls. 265 al 269 del C. Parte Civil I, presentada el 10 de abril de 2007 y admitida mediante resolución del 18 de mayo de 2007 -Fls. 282 al 288 del C. Parte Civil I-.

¹²⁴ Fls. 122 al 133 del C. Parte. Civil II, presentada el 10 de julio de 2008 y admitida mediante Auto del 23 del Julio de 2008 -Fls. 158 al 159 del C. Parte. Civil II-.

¹²⁵ Fls. 7 al 10 del C. Parte Civil I, presentada el 20 de agosto de 2003 y admitida mediante auto del 23 de Julio de 2008 -Fls. 16 al 18 del C. Parte. Civil II-.

¹²⁶ Fls. 217 al 227 del C. Parte Civil I, presentada el 17 de noviembre de 2006 y admitida mediante resolución del 7 de diciembre de 2006 -Fls. 234 al 238 del C. Parte Civil I-.

¹²⁷ Fls. 2 al 14 del C. Parte Civil II, presentada el 27 de junio de 2007 y admitida mediante resolución del 19 de julio de 2007 -Fls. 19 al 26 del C. Parte. Civil II-.

¹²⁸ Sentencias T-275 de 1994, C-228 de 2002 y C-570 de 2003, (sic).

¹²⁹ Condenas en perjuicios a favor de: Jorge Eliécer Franco Pineda, mediante sentencia del Consejo de Estado, de fecha 11 de Septiembre de 1997; y Cecilia Satoria Cabrera Guerra y María Alejandra Rodríguez Guerra, mediante sentencia del Consejo de Estado, de fecha 17 de agosto de 1995; en ambos casos, se trató de acciones de reparación directa -Falla del servicio-, procesos en los que se declaró la responsabilidad, y en consecuencia, se condenó a la Nación -Ministerio de Defensa- por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los que desaparecieron Irma Franco Pineda y Carlos Augusto Rodríguez Vera, respectivamente.

En similar sentido obran en el plenario, en primer lugar, la ampliación de declaración del Cabo Segundo Ozías Montañés Guerrero, miembro del COPES, ofrecida el 23 de enero de 1986 ante el Juez 30 de Instrucción Criminal Ambulante¹³⁰; el testigo insistió en que, cuando se trasladó a la Dirección General de la Policía eran las 11:30, y ya sabían que se habían tomado el Palacio.

En segundo término, se observa la declaración del Teniente Mario Colmenares Carreño, integrante del Batallón No. 1 de la Policía Militar, rendida ante el Juez 6 de Instrucción Penal Militar el 7 de diciembre de 1985¹³¹; el mencionado, refirió que el 6 de noviembre recibió la orden de desplazamiento a las 11:30 a.m.

Igualmente, el Dragonéate (sic) William Patiño Achury, oficial de la ESCAB, afirmó ante el Juez 30 de Instrucción Criminal Ambulante¹³² que él junto con sus compañeros de Unidad salieron con rumbo a la Plaza de Bolívar a las once de la mañana del seis de noviembre y regresaron a las seis (6) de la tarde del día siguiente.

Por último, y de especial importancia para el Juzgado, se resalta lo aseverado por el Cabo Segundo Víctor Raúl García Amaya, miembro de Escuela de Artillería, ante el Juez 6 de Instrucción Penal Militar el 6 de diciembre de 1985¹³³; el declarante aseguró que el día seis de noviembre se encontraban en disponibilidad ordenada por la Brigada; que a las 10:45 del día mencionado, el Comandante de la Escuela de Artillería, Coronel Hernández, dio orden de desplazamiento de las unidades hacia el Palacio de justicia, lugar al que arribaron a las 11:30 am.

Si bien ello llama la atención del Despacho, resulta aún más inquietante que, según el testigo, recibieron la orden, y así lo hicieron, de ubicarse en las cuatro esquinas del Palacio para evitar el ingreso del M-19, pues sabían que se desplazaban en dos camiones hacia esa edificación; el deponente finalizó diciendo que, en cumplimiento de tal directriz, se apostó en la carrera sexta con calle once, donde permaneció hasta las once y treinta de la mañana.

Se agrega a lo anterior el retiro de la guardia del Palacio de Justicia según prueba documental que obra en el expediente.

Por lo anterior, el Despacho ordena compulsar copias para que se investigue el posible conocimiento previo por parte de la Fuerza Pública, respecto de la ocurrencia de la toma subversiva del Palacio de Justicia.

¹³⁰ Fls. 285 a 293 c. anexos N° 50.

¹³¹ Fls. 183 a 185 c. anexos N° 50.

¹³² Declaración del 29 de enero de 1986, visible a Fls. 354 a 356, c. anexos N° 50.

¹³³ Fls. 175 a 176 c. anexos N° 50.

1.2 Las posibles ejecuciones extrajudiciales de que al parecer fueron víctimas algunos de los rehenes del Palacio de Justicia y subversivos del M-19, con base en los protocolos de necropsia, ya que, en dichos documentos puede advertirse que las lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, en algunos casos, se dieron en el cráneo, arrojaron frotis positivo para pólvora, en conclusión, evidencian lesiones cuyas características sugieren haber sido a contacto, situación que no corresponde con aquellas que se presentan en situaciones reales de combate. Por ende, resulta necesario, en criterio del Despacho, compulsar copias a efectos de que se realicen las investigaciones correspondientes.

1.3 Al Presidente de la época, Dr. Belisario Betancourt Cuartas, teniendo en cuenta: *i)* la calidad que ostentaba de suprema autoridad administrativa, según lo disponía la Constitución Nacional de 1886¹³⁴; *ii)* la aceptación de la responsabilidad en cuanto al desarrollo y consecuencias del operativo expresada por él en la primera alocución que ofreció a los medios de comunicación el 7 de noviembre de 1985, una vez finalizada la operación militar de retoma.

Igualmente, a los demás integrantes de la línea de mando de las Fuerzas Armadas de la época, que hubieren participado en el operativo del Palacio de Justicia; así como a los miembros de la Policía Nacional y de los organismos de seguridad del Estado que intervinieron en el operativo.

Por último, para que se investigue a los ejecutores directos, coautores mediatos y partícipes de las de las desapariciones de: Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspez Celis, Gloria Stella Lisarazo Figueroa, Gloria Anzola de Lanao, Norma Constanza Esguerra, Luz Mary Portela León, Irma Franco Pineda, Héctor Jaime Beltrán Fuentes y Lucy Amparo Oviedo.

Lo anterior, sin perjuicio a que la autoridad competente en cada caso concreto determine si por estos mismos hechos de que aquí se libran las copias, ya se adoptaron decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada.

¹³⁴ “Artículo 120.- Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

(...)

7. Disponer de la fuerza pública y conferir grados militares con las restricciones estatuidas en el inciso 5.º del Artículo 98, y con las formalidades de la ley que regule el ejercicio de esta facultad;

8. Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado;

9. Dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los Ejércitos de la República. Si ejerciere el mando militar fuera de la capital, quedará el Vicepresidente encargado de los otros ramos de administración; (...).”

1.4 A la señora María Nelfi Díaz, por presunto falso testimonio en su declaración ofrecida en sesión de audiencia pública levada a cabo el 25 de noviembre de 2008.

2. Ordenar a los Funcionarios del INPEC, trasladar, para efectos del cumplimiento de la pena, al Coronel ® Plazas Vega a un sitio de reclusión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1- **Decretar** la improcedencia de las nulidades planteadas por la defensa, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de ésta decisión.

2- **Declarar** penalmente responsable al señor Coronel ® Luís Alfonso Plazas Vega como coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada, prevista en el artículo 165 y 166.1 de la Ley 599 de 2000 -texto original-, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

3- **Condenar** al señor Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA a la pena principal de TREINTA (30) AÑOS DE PRISIÓN, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el término de diez (10) años.

4- **Abstenerse** de imponer condena en perjuicios a favor de las víctimas, por las razones expuestas en el acápite respectivo.

5- **Declarar** que el señor Coronel ® LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA no se hace acreedor al sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al de prisión domiciliaria, pero sí a que se le tenga como parte de la pena cumplida el tiempo que ha permanecido en detención intramural por razón de este proceso.

6. **Compulsar** copias de las piezas procesales a que se hizo alusión en el acápite de otras determinaciones de la sentencia, a efecto de que las autoridades competentes adelanten las investigaciones de rigor”.

Comentarios

Bastante polémicas son las consideraciones contenidas en los apartes de la sentencia que se acaba de transcribir de forma parcial; a continuación se incluyen cuatro de las ponencias presentadas el día 17 de noviembre de 2010 en el Panel intitulado “La sentencia del Palacio de Justicia y el Derecho penal” organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

I. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y CONSIDERACIONES PROBATORIAS

JAIME E. GRANADOS PEÑA*

A. *Saludo protocolario y aclaración previa.* Un saludo al Director del Departamento de Derecho penal, Dr. Fernando Velásquez, gracias por esta invitación; también, a las demás autoridades y compañeros que honran a la Universidad en esta mesa, los Profesores Kai Ambos, Ricardo Posada y Christian Wolffhügel.

Quiero, además, hacer una aclaración previa: realmente no intervengo en esta muy selecta mesa como académico ni como Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales, ni siquiera como profesor, faltaría a la verdad, deshonoraría esta sala si así lo dijera; obro, simplemente, como abogado –que me honra serlo– del Coronel (r) Plazas Vega. Así las cosas, les ruego que me excusen si mis palabras posiblemente están subjetivizadas por el rol que cumplo y si la pasión y el conocimiento pueden –de alguna manera– faltar a la academia y a la objetividad.

B. *Contexto.* Creo conveniente hacer una consideración elemental: suscribo cada una de las palabras del maestro Fernando Velásquez,

* Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales; abogado consultor.

creo que es la primera vez que lo hago, siempre hemos polemizado muy respetuosamente, en esta ocasión quiero decir que podría acompañarlo en su totalidad con su exposición. Pero mi perspectiva de análisis, por supuesto, va a ser un poco diferente, anclada a lo que me han pedido que es una reflexión sobre las consideraciones probatorias. No obstante, quisiera hacer una referencia adicional, teniendo en cuenta que a veces la memoria falla:

El día 6 de noviembre de 1985, siendo las 11:30 am, ingresaron a sangre y fuego cuatro comandos del grupo guerrillero M-19 (denominados compañía "Iván Marino Ospina") al mando de LUIS OTERO y ANDRÉS ALMARALES, asesinando en el acto al administrador de Palacio y a dos celadores. Dentro del Palacio se encontraban ya integrantes del grupo guerrillero vestidos de civil, haciéndose pasar por usuarios de la administración de justicia.

Enterado el Gobierno del ataque, ordenó la recuperación militar del Edificio y el rescate de los rehenes; al respecto, el expresidente BELISARIO BETANCUR CUARTAS ha admitido su responsabilidad en la emisión de dicha orden. Para tal fin, el Ejército Nacional ejecutó la orden de la siguiente manera: recibida la instrucción conforme a la cadena de mando, como comandante de la operación se designó al comandante de la XIII Brigada, Brigadier General JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES. Se ordenó a las unidades operacionales la recuperación física del Edificio y el rescate de los rehenes, siendo la primera en llegar, por su proximidad, la adscrita al batallón Guardia Presidencial, con quien se produjo el primer intercambio de disparos al exterior de la edificación con el grupo guerrillero, junto con algunas unidades de la Policía Nacional que estaban en el lugar.

Al poco tiempo, hicieron su arribo los tanques pertenecientes a la Escuela de Caballería al mando del entonces Teniente Coronel LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, que hacen ingreso al Palacio derribando su puerta principal. Ante el ingreso de los tanques de la Escuela de Caballería, los guerrilleros se repliegan a los pisos superiores, desde donde repelen al Ejército utilizando rehenes como escudos humanos.

La Escuela de Caballería y la Escuela de Artillería se encargaron del operativo de recuperación y del rescate de rehenes, estas personas eran entregadas al personal de inteligencia que se encontraba en las instalaciones de la Casa del Florero, en la esquina nororiental de la Plaza de Bolívar, donde se instaló el puesto de mando.

Las labores de inteligencia fueron desempeñadas tanto por personal del Estado Mayor de la Brigada XIII del Ejército Nacional, como de la Policía Nacional (F-2), y del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en la sede de la Casa del Florero. En esta dinámica cayó la noche del 6 de noviembre, y hacia las 8:30 pm, se ordenó el repliegue de los tanques por cuanto los asaltantes estaban arrojando expedientes prendidos desde el cuarto piso.

Apenas producida la toma, empezó un incendio en la Biblioteca, y, hacia las 4 pm, el fuego se descontrola, toma fuerza, provoca el retiro del Ejército Nacional; y, termina hacia las 11:00 pm.

Existen testigos como los Magistrados SAMUEL BUITRAGO y CARMELO MARTÍNEZ-CONN quienes señalaron haber visto a los asaltantes con “mecheros”, prendiendo fuego a libros y expedientes.

En virtud de ese hecho, se interrumpió el cruce de disparos habida cuenta que desde afuera estaban trabajando los bomberos, y, al parecer, dentro, los subversivos usaban extinguidores. Cerca de las 12 de la noche termina el incendio, y, a las 2:00 am, se ordena un nuevo asalto, pero al producirse el ingreso al Palacio, este se debe cancelar en virtud del humo y del insoportable calor en su interior, que debió llegar en su máximo a los 800 o 1000 grados, de acuerdo con lo consignado en el Informe final del Tribunal Especial de Instrucción. Por tal motivo, se ordenó el disparo de 2 cañones de blindados a las paredes de la edificación, para conseguir el aireamiento del Palacio.

A las 6:00 am se reiniciaron las acciones, con tropas de la Escuela de Artillería, soldados de contraguerrilla urbana, y el Batallón Guardia Presidencial. Se ubicaron dos tanques a la entrada de Palacio, para darle protección a quienes iban saliendo rescatados. Hacia el mediodía se produjo un asalto del Ejército que ingresó al baño del entresuelo del 2° y 3° piso y se rescataron varios rehenes. A las 3:30 pm se hizo una operación similar en el baño del entresuelo del 3° y 4° piso, donde concluye la operación de recuperación. Los guerrilleros se refugiaron en los baños, con los rehenes, por ser los únicos lugares frescos del Palacio durante el incendio.

Recuperado el Palacio de Justicia, el panorama era aterrador: la hasta entonces imponente edificación, destruida por las llamas, cadáveres por doquier, muchos de ellos calcinados, caos generalizado. El balance final del ataque del M-19: cerca de 100 personas fallecidas

entre magistrados, uniformados, civiles y guerrilleros. El Ejército Nacional rescató a 244 ciudadanos.

En el año 1986 la Corte Suprema de Justicia creó un Tribunal Especial de Instrucción para adelantar una exhaustiva investigación sobre lo ocurrido en el Palacio de Justicia, que estaba conformado por dos magistrados principales (Carlos Upegui Zapata y Jaime Serrano Rueda), con diez jueces especiales y más de treinta jueces auxiliares. El 31 de mayo de ese año, el Tribunal Especial de Instrucción, dio por terminadas las labores investigativas, declarando como únicos responsables de los delitos cometidos en esa ocasión, a los miembros del M-19. El informe hace un elogio de la actuación de la fuerza pública.

El 1 de agosto de 1989, un antiguo bachiller de la Policía, de nombre Ricardo Gámez Mazuera, presentó ante un notario de Bogotá un documento que luego fue radicado ante la Procuraduría General de la Nación, en el que acusaba a miembros del Ejército y la Policía, entre ellos al Teniente Coronel Plazas, de crímenes cometidos respecto de algunas personas que figuraban como desaparecidas en los hechos del Palacio de Justicia.

El 15 de mayo de 1990 la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, determinó la falsedad de las acusaciones de GÁMEZ MAZUERA y, en consecuencia, se abstuvo de abrir investigación disciplinaria contra el Coronel PLAZAS VEGA y los demás acusados.

Luego de 22 años de ocurridos los lamentables hechos del Palacio de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegada, la Doctora ÁNGELA MARÍA BUITRAGO, vinculó al Coronel (r) PLAZAS VEGA como coautor de los delitos de secuestro agravado y desaparición forzada agravada, por la presunta desaparición de algunas personas que habrían salido con vida del Palacio de Justicia el día 7 de noviembre de 1985.

Mediante Resolución de 11 de febrero de 2008, la Fiscal ÁNGELA MARÍA BUITRAGO, con fundamento en pruebas falsas, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del Coronel (r) ALFONSO PLAZAS VEGA por los delitos de secuestro agravado y desaparición forzada agravada, respecto de 11 personas.

Dando mérito a pruebas, igualmente falsas, la Juez MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ, condenó a 30 años de prisión al coronel (r) plazas vega por el delito de desaparición forzada agravada.

Como se verá, jamás se ha allegado una sólo prueba que siquiera permita inferir la responsabilidad del Coronel Plazas Vega, por lo que tanto la Resolución de Acusación como la Sentencia, han tenido que valerse en lo jurídico de teorías inaplicables al caso y, en lo probatorio, de declaraciones y pruebas evidentemente construidas y a todas luces falsas.

C. La congruencia–LATO SENSU-. Se alo primero señalar, que hacemos alusión a la congruencia del fallo, no en un sentido técnico y procesal, sino en su más común acepción, específicamente refiriéndonos a lo lejanas que están las consideraciones y conclusiones contenidas en la sentencia, respecto de la verdad material, del acontecer fáctico real y por supuesto, de las pruebas acopiadas. Es decir, se excluye la acepción técnica de congruencia referida a la coincidencia entre la acusación y la sentencia, para referirnos a la coherencia mínima que debe existir entre los hechos, el Derecho y la decisión.

La sentencia debe guardar exacta correspondencia con el acontecer naturalístico investigado y juzgado, el proceso penal no es otra cosa que un medio para llegar a la verdad material, no a una pseudo verdad, a una verdad procesal o consensuada y mucho menos construida por quienes a cualquier título intervienen en el mismo. Tanto para llamar a juicio a una persona, como para proferir en su contra condena de responsabilidad penal, la Ley Procesal (en este caso los artículos 232 y 397 de la Ley 600 de 2000), exige un estándar mínimo de prueba que debe tenerse por satisfecho al proferir dichas decisiones. Fiscalía y Juzgado han acudido a pruebas de las cuales es evidente su discordancia con la realidad.

En éste proceso, la valoración de la prueba, se ha circunscrito a determinar si se valoran o no determinados medios probatorios contentivos de contradicciones, sin embargo, cuando se ha concluido su falsedad, sencillamente se les ha hecho a un lado, sin que nadie se detenga a preguntarse... ¿POR QUÉ MIENTEN LOS TESTIGOS EN ÉSTE PROCESO?

En el devenir procesal, Fiscalía y Juzgado, han descartado en distintos momentos procesales, las declaraciones de RICARDO GÁMEZ MAZUERA y TIRSO ARMANDO SÁENZ, no obstante, han acudido a declaraciones y otros medios de prueba igualmente falsos, como ocurre con un casete anónimo, con los testimonios de EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL y de CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ CUESTA. Así, restando todo valor probatorio a ciertas

pruebas, han dado a sus decisiones apariencia de imparcialidad, con la tranquilidad de que si acuden a otras pruebas igualmente falsas podrán sustentar su erróneo e injustificado criterio.

Así como en lo probatorio, para condenar al Coronel PLAZAS VEGA se ha acudido a pruebas ilegales, en lo que guarda relación con el estricto Derecho, se ha echado mano de teorías inaplicables al caso en concreto, pretendiendo así justificar jurídicamente, una decisión injustamente antijurídica.

Si bien la Sentencia contiene varias interpretaciones erróneas pero sobre todo acomodaticias de normas, sentencias y autorizadas doctrinas, resulta bastante dicente, la forzada configuración pretendida por el Juzgado de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder¹. El mismo ROXIN en su obra señaló que la teoría no podía ser aplicable en Estados de Derecho, como creemos que era Colombia, a pesar de sus dificultades, en el año de 1985.

En efecto, los aparatos organizados de poder, como mecanismo para la comisión de toda suerte de delitos, solo es predicable de estados totalitarios, donde siempre se puso como ejemplo la Alemania nazi o la República Democrática Alemana (RDA). La aplicación, dudosa, de la tesis de Roxin para condenar a Alberto Fujimori en el Perú, implicó que las Cortes tuvieran que utilizar una pequeña argucia consistente en deslegitimar el Estado bajo la égida de Fujimori, declarando nulas dos leyes constitucionales que se habían emitido en el año de 1993, para así crear el sofisma de un Perú en ilegalidad durante una parte del mandato de aquél.

En un Estado de Derecho, dice ROXIN, simplemente no tiene cabida la teoría de los aparatos organizados de poder, y cuando alguno de sus agentes comete delitos, lo hace es en rebeldía a los principios que ha jurado proteger, de forma que el grado de participación del responsable del delito se debe formular, con fundamento en

¹ A folio 265 de la Sentencia se lee: *“Si bien la señora Fiscal no identificó categóricamente a que título imputó la responsabilidad endilgada al señor coronel (r) LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, de lo argumentado, en la resolución de acusación, así como de los alegatos conclusivos se infiere que lo hizo en la calidad de coautor impropio, imputación que no comparte el Despacho, toda vez que se considera que la solución dogmática que se ajusta al caso en concreto está gobernada por la teoría de la autoría mediata por actuar a través de estructuras organizadas de poder”*.

las instituciones clásicas existentes para tal fin² (autoría, coautoría, complicidad, determinación, etc.). Sin embargo, el tratadista sí que admite que “movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales o grupos ilegales” puedan adoptar la forma de aparatos organizados de poder, para cometer toda suerte de delitos, bajo las distintas características que el autor enuncia para esta figura, como la “fungibilidad” del ejecutor material (si alguien de la organización se rehúsa a hacer su parte, basta con cambiarlo y colocarlo a otro) o el “hombre de atrás” como persona que oprime un botón y pone en marcha toda la maquinaria, entre otras particularidades.

Así, la Sentencia –aunque también lo hizo en su momento la Resolución de Acusación– se aleja, es incongruente, incoherente, discordante, con los hechos que dan lugar al proceso y más aún con el Derecho aplicable a los mismos.

D. Aspectos probatorios. Si bien la Sentencia contiene innumerables yerros en lo que a la valoración probatoria –tanto individual como conjunta– respecta, queremos circunscribir nuestro análisis a las equivocaciones más protuberantes y censurables, sin las cuales muy otra sería la suerte del Coronel (r) PLAZAS VEGA, en tanto que respecto de su responsabilidad, *no existe prueba alguna que en Derecho, pueda incriminarlo con las presuntas desapariciones que da lugar al proceso*, a pesar de lo cual, para justificar una condena, la Juez tiene que acudir a declaraciones y pruebas de las cuales sin mayor esfuerzo se concluye su absoluta falsedad. Estas pruebas son: 1) La ilegalmente recaudada declaración de EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL³ –de quien no consta siquiera su verdadero nombre; 2) El testimonio de CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ CUESTA⁴; 3)

² Esto, en tanto “es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizado de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás”. Cfr. ROXIN, CLAUS, en *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 7 – Año 2006.

³ La prueba no solo es tenida en cuenta sino valorada en contra del Coronel (r) PLAZAS VEGA. En efecto, a folio 299, señala la Sentencia: “Sobre este aspecto, el Despacho se permite transcribir los apartes más relevantes de la declaración de Edgar Villamizar Espinel, mismos que comprometen sobremanera al enjuiciado”.

⁴ A pesar de sus insalvables contradicciones, la prueba es valorada. Así, a folio 304 de la Sentencia se señala: “Un elemento adicional que permite corroborar lo antes indicado, es la actitud develada por el procesado encaminada a mantener en la incertidumbre el paradero de los desaparecidos. En efecto, tal afirmación encuentra sustento en lo declarado por el ciudadano Cesar Sánchez Cuesta”.

El casete⁵ –inexistente hoy por hoy– anónimo, encontrado en una cafetería por el funcionario de la Procuraduría, CARLOS ARTURO GUANA. Veamos:

1. *La declaración de EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL.* Sobre este testimonio se duda, incluso, de su existencia misma. Supuestamente, éste tuvo lugar el día 1 de agosto de 2007, en las instalaciones de la Escuela de Caballería, en el marco de una inspección judicial decretada y llevada a cabo por la Fiscalía –la fecha a la que se hace alusión aparece en el acta de la inspección pero no en la de la declaración, la cual carece de fecha– sin citación y, por supuesto, sin presencia de la defensa. No obstante, el Comandante de la Escuela de Caballería y el del Grupo Tequendama, encargado de la guardia del lugar, certificaron que en la apócrifa fecha de la declaración, no ingresó a las instalaciones ninguna persona de apellido VILLAMIL, VILLARREAL, ni VILLAMIZAR, ni ninguno parecido.

Adicionalmente, el Capitán DAVID TOBAR VELASCO, quien por disposición del Comando de la Escuela acompañó a la Fiscalía en la diligencia de prospección –apertura de hoyos en la tierra en búsqueda de restos humanos–, manifestó en declaración extrajuicio que en la misma no participó ningún Suboficial retirado o persona alguna con ese nombre de Villarreal o de Villamizar, y que nadie rindió ante la Fiscalía esa declaración.

Ahora bien, si quedan dudas respecto a que el supuesto testigo hubiera comparecido en la fecha, hora y lugar en que se dijo, se le recibió la declaración, *la situación empeora si se pregunta por su presencia en el Palacio de Justicia en los días de los trágicos hechos que suscitan el proceso.* En efecto, el Comandante del Batallón Vargas, entonces Teniente Coronel ARIEL VALDEZ, afirmó en declaración extrajuicio que Villamizar nunca salió de Granada (Meta) a Bogotá, mucho menos, a hacerse partícipe en las operaciones del Palacio de Justicia.

⁵ Respecto del valor probatorio de este casete, se afirma en la Sentencia: *“En este contexto, adquiere gran importancia el contenido del pluricitado casete, recuperado por el Dr. Carlos Arturo Guana Aguirre, Asesor de la Procuraduría General de la Nación, cuya transcripción se realizó ante la Juez Novena de Instrucción Criminal Ambulante el 8 de enero de 1986, en diligencia cuya acta reposa en el plenario, y según la cual, el sábado posterior a los hechos, en horas de la noche, cuando salieron de la Escuela de Caballería, quienes participaron en su elaboración se pusieron de acuerdo para denunciar “estas prácticas” porque no estaban de acuerdo con ellas”.*

Aunado a lo anterior, el Suboficial GUSTAVO ALONSO VELÁSQUEZ LÓPEZ, sostuvo que el señor Edgar Villamizar Espinel no pudo ser testigo de nada durante los hechos del Palacio de Justicia, porque ellos estaban juntos en la enfermería del Batallón Vargas en Granada (Meta) en aquella ocasión y era Villamizar quien le llevaba los alimentos porque él no se podía mover. Según el Suboficial, ellos vieron por televisión los hechos del Palacio de Justicia, Villamizar nunca salió del Batallón en ese año hacia Bogotá.

Ahora, en relación con la *identidad* de quien compareció a rendir la declaración, el supuesto testigo manifestó haber nacido en PAMPLONA, el 31 de octubre de 1959, mientras que al verificar el número de cédula suministrado por el falso testigo con la Tarjeta Decadactilar correspondiente, se tiene que pertenece a EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL, nacido en Cúcuta.

Respecto al *cargo* en el cual se desempeñaba para la fecha de los hechos, según su dicho en la declaración que nos ocupa, era Cabo Segundo, al tiempo que se supo que en realidad era un criptógrafo del Batallón N° 7 de Servicios de la Brigada 7.

En relación con su *superior jerárquico*, en la declaración falsa, el deponente afirma que era el comandante del CIAES, Mayor JAIRO ALZATE AVENDAÑO, respecto de lo cual se efectuaron averiguaciones con el Ministerio de Defensa, obteniendo como resultado que la mencionada persona *nunca* ha hecho parte del Ejército Nacional.

Según el falso testigo, el 6 de noviembre, de 1985 siendo las 11:00 a.m. lo desplazaron de la Séptima Brigada a Apiay y tanto a él como a sus compañeros, *los llevaron en helicóptero a la Escuela de Caballería de Bogotá*, aterrizando en el Campo de Paradas. Respecto a ésta afirmación La Fuerza Aérea (Palanquero) certificó –en contestación de Derecho de Petición presentado por el Coronel Plazas Vega (que obra en el proceso) – que “no hay evidencias de actividades de vuelo” “no reposa información de vuelos realizados el 5, 6, y 7 de noviembre de 1985”. En esa época no había helicópteros con capacidad para transportar 14 suboficiales, pues la FAC certificó que los helicópteros que tenía eran B-212 (para 5 tripulantes), VH1H (para 6 tripulantes) y otros que eran de comando (piloto más 2 o 3 personas). También certificó que en 1985 no podían aterrizar helicópteros en la Escuela de Caballería.

La *inculpación del supuesto testigo respecto del Coronel PLAZAS VEGA*, consistió en que éste le habría preguntado qué hacían con la gente a lo que el Coronel había ordenado colgarlos. Si está tan desacreditada su presencia en el lugar, ésta afirmación es insostenible por sustracción de materia y aún, si fuera cierta, no existe mención alguna de cuál es la gente a la cual se refiere; la prueba es tanto falsa como inútil.

En relación con la *llegada de rehenes a la Escuela de Caballería*, manifiesta el falso testigo que al lugar llegó un Nissan Azul (dice que después ese carro estuvo en la PM con techo color crema o beige) con una señora con falda a cuadros y un señor con buso blanco o beige, no se acuerda si es cuello tortuga. Al respecto, el Coronel ORLANDO GALINDO CIFUENTES, quien para la época de los hechos era Oficial de Inspección de la Escuela, manifiesta que no presenció el ingreso de personas detenidas.

El falso declarante, ofrece detalles respecto de las *supuestas torturas* que se cometieron en cada uno de los rehenes recibidos en la Escuela, descripciones mendaces en tanto JOSÉ VICENTE RUBIANO GÁLVIS, permaneció durante la noche del 7 de noviembre, desde las 8 p.m. en las caballerizas de la ESCAB, junto con 3 personas más que fueron capturados con él, sin que diga nada de la presencia de personas distintas en el lugar.

Adicionalmente, quien se afirma testigo de los hechos, manifiesta que al fallecer, los rehenes habían sido enterrados en la Escuela de Caballería, frente a lo que hay que anotar, que en las labores de prospección realizadas en el lugar no se encontraron restos humanos, tal y como se encuentra suficientemente acreditado en el proceso.

Resta preguntarse... ¿por qué la Juez no desestimó el testimonio de EDGAR VILLAMIZAR, si su dicho presenta las mismas inconsistencias que el testimonio de TIRSO SÁENZ ACERO (declaración desechada) relacionadas con las circunstancias de tiempo en que ocurrieron los hechos (retorno de las tropas de la escuela de caballería en la tarde del 6 de noviembre de 1985 a la ESCAB)?

En la declaración rendida aparentemente en la ESCAB, EDGAR VILLAMIZAR sostuvo que el día 6 de noviembre de 1985 se devolvió a la ESCAB, donde pasó la noche, y el 7 de noviembre se volvió a trasladar a la Plaza de Bolívar: "(...) como a las seis de la tarde

nos ordenan retirarnos a descansar y nos alojan en la escuela de caballería. Nosotros seguíamos por televisión lo que estaba ocurriendo. Al otro día a las siete de la mañana nos volvimos a desplazar para el palacio de justicia. Se podía sentir el calor, en todo lo que es el sector del Ley (...)"(Folio 249 cuaderno 19).

Tal como se puede observar en el folio 107 de la sentencia, uno de los argumentos por los cuales la señora Juez decide desestimar la declaración de Tirso Armando Sáenz es, precisamente, por la inconsistencia de su relato con la prueba acopiada dentro del proceso que evidencia como un "hecho irrefutable" que las tropas de la Escuela de Caballería salieron el día 6 de noviembre y sólo retornaron el día 7 en horas de la tarde y no, como afirma Sáenz Acero, que se devolvieron en la tarde del día 6 de noviembre de 1985⁶.

Pero, yendo aún más lejos: si es un hecho notorio que las tropas de la ESCAB pasaron la noche en la Plaza de Bolívar, retornando a las instalaciones de la ESCAB sólo hasta el 7 de noviembre de 1985 en horas de la tarde, ¿por qué dos testigos –sin relación alguna entre ellos– mentirían sobre el mismo aspecto? Lo anterior sólo demuestra que ambos tuvieron que ser preparados previamente. ¿Por quién? No se puede señalar a nadie directamente, pero sí se puede afirmar que la persona detrás del presente montaje debe estar muy interesado en el desenvolvimiento del presente proceso y en la condena del Coronel (R) Luis Alfonso Plazas Vega.

2. La declaración de CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ. De acuerdo con la Sentencia analizada, el señor CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ CUESTAS es un testigo fundamental que prueba el presunto ocultamiento por parte del Ejército de los desaparecidos y del supuesto "Pacto de Silencio" del cual hizo mi parte mi representado, "...por su negativa a brindar información del paradero de los desaparecidos...".

⁶ A folio 115 de la Sentencia se lee: "Ahora, las conclusiones que emergen del análisis conjunto del testimonio de Sáenz Acero no pueden ser diferentes: el deponente afirmó que participó en la denominada "Retoma" durante el seis de noviembre, y que, al finalizar el día, regresó en caravana a la Escuela de Caballería, con posterioridad a la finalización del operativo; emerge diáfana la contradicción con la realidad misma que se desprende de la prueba acopiada, puesto que logró acreditarse, como un hecho irrefutable, que fue en la tarde del día siguiente -siete de noviembre- cuando culminó la intervención de la Fuerza Pública y retornaron al Cantón Norte los blindados".

Pues bien, el testimonio del señor SÁNCHEZ CUESTAS, también es falso. En efecto, ESTE TESTIGO MINTIÓ A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN SU DECLARACIÓN DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2007, RENDIDA ANTE LA FISCALÍA 4° DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (diligencia en la cual NO estuvo presente la defensa del Coronel (R) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA). El deponente afirma, sin ningún inconveniente, que NUNCA HABÍA DECLARADO ANTES ANTE NINGUNA AUTORIDAD JUDICIAL O DISCIPLINARIA, a pesar de que en el proceso se encuentra acreditado que él ofreció no una, sino DOS declaraciones anteriores ante el JUZGADO NOVENO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL AMBULANTE, de fechas 16 de enero de 1986 y 3 de febrero de 1986.

Respecto al motivo de su *presencia en el lugar de los hechos*, manifiesta que la misma se justifica a través de su cargo de Asesor Jurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá. No obstante, en las declaraciones vertidas en el año 1986, expresa que el Alcalde era HERNÁNDEZ ARDILA DÍAZ, pero inexplicablemente, en el año 2007, cambia su dicho y manifiesta que el alcalde era JULIO CÉSAR SÁNCHEZ. Es de advertir, que para la época, el Alcalde Mayor de Bogotá era HERNÁNDEZ ARDILA.

Pero no es sólo respecto a estos aspectos circunstanciales que el testigo cambia su versión, por el contrario en lo que tiene que ver con su *relación con CARLOS RODRÍGUEZ*, también es evidente que miente. Se puede observar que en el año 2007, el testigo trata de asumir una postura distante de CARLOS RODRÍGUEZ, limitándose en varias ocasiones a llamarlo el Administrador de la Cafetería, lo cual resulta extraño puesto que en la primera declaración se refiere a él como su *amigo*, por las cualidades que poseía. Parece ser que en la última declaración no se encuentra interesado en evidenciar algún tipo de vínculo con el señor CARLOS RODRÍGUEZ.

Extrañamente, en la declaración del año 2007, el señor SÁNCHEZ CUESTAS no recuerda el nombre de la esposa del señor RODRÍGUEZ, su amigo, cuando desde un principio en la declaración del 16 de enero de 1986, hace referencia directa al nombre: CECILIA, en reiteradas ocasiones.

Respecto a la *fecha y las circunstancias en que hizo presencia en el lugar de los hechos*, se puede observar cómo el testigo empieza su declaración del 19 de septiembre de 2007 contradiciéndose y mintiendo al

manifestar que estuvo el mismo 7 de noviembre de 1985 cuando aún estaba “humeante”, cuando en su declaración del 16 de enero de 1986 había sostenido que estuvo al día siguiente de haberse recuperado el Palacio, lo cual tiene sentido, pues había acompañado al Alcalde Mayor de Bogotá a una visita Oficial al Palacio de Justicia.

En relación con el *paradero de CARLOS RODRÍGUEZ*, la primera declaración que rindió ante el JUZGADO NOVENO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL, sostuvo que se encontró a la esposa de CARLOS RODRÍGUEZ y así se enteró que estaba desaparecido, mientras que en la declaración rendida ante la FISCALÍA 4° DELEGADA EN 2007, AFIRMÓ QUE VIÓ SALIR DEL PALACIO CON VIDA A CARLOS RODRÍGUEZ EN DIRECCIÓN AL MUSEO DEL 20 DE JULIO (CASA DEL FLORERO).

Adicionalmente, se puede observar cómo cambia su versión en cuanto al *trato que recibió de los militares cuando preguntó por CARLOS RODRÍGUEZ VERA*, pues en su declaración inicial sostuvo que los militares lo habían ayudado incluso mostrándole documentos sobre los rescatados que ingresaron a dicha institución, mientras en su declaración de 2007 afirma que lo trataron mal, agrediendo y amenazándolo. Dicho cambio de versión no puede justificarse simplemente, como lo dice la Juez, porque estaba amenazado y por eso no declaró completamente en sus versiones de 1986. Es evidente que la declaración de 1986 es mucho más espontánea y que a sus afirmaciones, una vez confrontadas con la realidad (como lo era el nombre del Alcalde mayor de Bogotá), se les puede dar mayor credibilidad.

Especial mención requiere *el hecho según el cual este testigo se habría entrevistado con un oficial en el Cantón Norte*. En su versión del año 2007, manifiesta que se entrevistó con el señor Plazas, Comandante del Cantón Norte: respecto a lo cual hay que decir, que EL CANTÓN NORTE NO TIENE COMANDANTE, ES IMPOSIBLE QUE LO TENGA, PUES UN CANTÓN ES UNA AGRUPACIÓN DE ENTIDADES MILITARES (LAS CUALES CADA UNA TIENE SU PROPIO JEFE O COMANDANTE).

El Coronel (R) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA era Comandante pero de la Escuela de Caballería, Unidad Táctica perteneciente a la Brigada XIII, cuyo comandante era el señor General (R) ARIAS CABRALES y cada una de las unidades tácticas que se encuentran agrupadas en el denominado CANTÓN NORTE tienen sus comandantes propios, a pesar de pertenecer a la Brigada XIII.

En este sentido, lo expresado por el aquí cuestionado, en cuanto a que el Coronel PLAZAS VEGA era el Comandante del Cantón Norte no es cierto. La unidad de mayor jerarquía cuyas instalaciones se encontraban en el Cantón Norte era la Brigada XIII, cuyo comandante debe ser un GENERAL y no un TENIENTE CORONEL, grado que tenía mi representado en el momento de los hechos.

Finalmente, se debe aclarar que los miembros del ejército no se refieren a los comandantes de una unidad como “comandante”, sino que aluden a ellos de acuerdo al grado que éstos poseen, esto es GENERAL, CORONEL etc. Específicamente, se refieren a sus superiores como “MI GENERAL, MI CORONEL, MI MAYOR, etc.” NUNCA “COMANDANTE” (¡ese término lo utilizan los miembros de las guerrillas!).

Es coherente el testigo al afirmar *que se reunió en las instalaciones de la Brigada* (aunque diga Cantón Norte en 2007), pues coincide la descripción del lugar de la entrevista en todas las declaraciones: carrera 7ª calles 104-105 e incluso 106 es admisible, pero siempre en el *COSTADO OCCIDENTAL DE LA CARRERA 7ª* (ACLARACIÓN QUE HACE REITERADAMENTE EL MISMO TESTIGO EN SU DECLARACIÓN ANTE LA FISCALÍA 4ª DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA).

Tal como se ha corroborado a través del acervo probatorio y que además constituye un hecho notorio, *las instalaciones de la Escuela de Caballería se encuentran en el COSTADO ORIENTAL de la carrera 7ª* y allí era donde el Coronel PLAZAS VEGA tenía su oficina, NO en el COSTADO OCCIDENTAL del la carrera 7ª, en donde quedaban las instalaciones de la BRIGADA 13 y por lo mismo, las del B-2 (INTELIGENCIA DE LA BRIGADA), en especial la del Coronel (R) EDILBERTO SÁNCHEZ.

Respecto al *oficial con el cual se reunió*, la descripción referida por el testigo no concuerda con el aspecto físico de mi representado, puesto que el Coronel (R) PLAZAS VEGA mide 1.85 metros de estatura, *no aproximadamente 1.70 metros*, como lo afirma el testigo. Lo único que coincide con la realidad es que fue Director Nacional de Estupefacientes, pero éste hecho en ningún momento corrobora que sea el mismo oficial que atendió al testigo en las instalaciones de la Brigada XIII, en el costado OCCIDENTAL de la carrera 7ª.

3. El casete. La Juez, entre otras pruebas, evidentemente falsas, apoya su decisión en la existencia de un casete anónimo, inexistente –en tanto,

lo único con lo que se cuenta en el plenario es con su transcripción-, respecto del cual no existe cadena de custodia, encontrado por casualidad en extrañas circunstancias y con contenido que contradice por completo las demás pruebas obrantes en el plenario, incluso, las declaraciones falsas del señor VILLARREAL o VILLAMIZAR. El contenido de casete es contrario a la línea de mando del Ejército, pues le atribuye al Coronel PLAZAS VEGA funciones de inteligencia que, se ha dicho hasta el cansancio, nunca desempeñó ni habría podido desempeñar, al tiempo que demuestra que fue una prueba creada y sembrada para ser encontrada casualmente, de modo tal que no se conociera su procedencia ni los interlocutores.

4. *¿Es posible que los desaparecidos no sean desaparecidos, sino no identificados?* Entre la tarde y la noche del 6 de noviembre de 1985, se produjo un pavoroso incendio que se dice fue iniciado por los asaltantes, y que terminó con la vida de algunos rehenes, en particular, los que se encontraban en el cuarto piso. Para el año de 1985, no existían en nuestro medio las técnicas de ADN que hoy en día se utilizan, por lo cual la identificación de un cuerpo en estas condiciones era bastante incierta; en este caso, por ejemplo, se acudió a las prendas de vestir o a las joyas que portaba el occiso, muestras dentales si es que existía previamente un record odontológico del fallecido, entre otras técnicas de análoga exactitud.

Cuando finaliza la toma, el Ejército se encuentra con un panorama dantesco, con multitud de cadáveres, muchos de ellos fallecidos a consecuencia de armas de fuego, y otros en estado de incineración. Es verdad que a esa escena del delito no se le dio el tratamiento que hoy en día señalan los manuales de ciencia forense, consistentes en asegurar el lugar, fijar fotográficamente y traer a los peritos especializados en las distintas ciencias forenses, etcétera. Estamos hablando del año 1985, cuando la criminalística, si bien contaba ya con grandes avances, carecía de varias de las herramientas, técnicas y protocolos de los que hoy se vale.

De otra parte, la situación de orden público ameritaba un procedimiento rápido para levantar los cuerpos y despejar el lugar, puesto que se temieron levantamientos populares instigados por milicias urbanas del grupo guerrillero. Del mismo modo, se decía que el grupo M-19 iba a intentar el rescate violento de los cuerpos de sus compañeros fallecidos en el asalto.

Así las cosas, es de aceptar que el manejo de la escena del crimen cometido por el grupo asaltante, no fue idóneo. Al parecer se

utilizaron chorros de agua, partes de cuerpos calcinados se metían indistintamente en bolsas que se debían utilizar para uno solo, los cuerpos iban por una parte y sus prendas o bienes por otra. El fallo, en distintos momentos censuró las irregularidades y el desorden característico de la escena del crimen⁷, a pesar de lo cual, no efectúa mayores reparos en esta circunstancia al momento de derivar las consecuencias adversas ya por todos conocidas, para el Coronel (r) PLAZAS VEGA.

El proceso de reconocimiento de cadáveres e inhumación, tampoco fue idóneo. Los cadáveres fueron entregados con fundamento en informales, por no decir aleatorios. Por ejemplo, En el Acta de Levantamiento No. 1171 se consignó: “...N.N. al parecer mujer (...) totalmente incinerado (...) al lado se encontró una pulsera metálica, una pata de una montura de gajas, varias piezas de collar...”.

En el Acta de Necropsia No. 3805 correspondiente a la cita Acta de Levantamiento se estableció: “N.N. Femenino (...) útero no preñado, carbonizado...”.

Sin embargo, ese cuerpo se le entregó a la familia del magistrado PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA y como tal fue enterrado. Por otra parte, mediante comunicación de 14 de marzo de 2002, la madre de NORMA CONSTANZA ESGUERRA, solicitó a la Juez Segunda Penal Especializada, ordenar a la autoridad competente entregar el certificado de defunción de su hija, o en su defecto, ordenar la exhumación del cadáver del Magistrado SERRANO ABADÍA para que se realizaran las pruebas de ADN correspondientes.

A pesar de que la defensa planteó esta grave inconsistencia, el Juzgado 3º Penal Especializado despachó el argumento, acudiendo a un “reloj Citizen” que se habría encontrado junto con el cadáver, como criterio para haber identificado a una persona de sexo masculino, que a las múltiples constancias de ser un “N.N. de sexo femenino” y a la existencia de un “útero no preñado”, restos que en un inicial momento se atribuyeron como de la supuesta “desaparecida” NORMA CONSTANZA ESGUERRA.

⁷ Por ejemplo, a folio 206 el fallo señala: “Lo anterior además de descartar, la relación del citados objetos con el cadáver de Norma Constanza Esguerra pone en evidencia graves irregularidades en el manejo de la escena del crimen y los cadáveres, única razón que permite explicar las grandes dificultades y confusiones que rodearon la labor de identificación de los cuerpos”.

Los cuerpos que no fueron reclamados en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, un total de 36, entre identificados y no identificados, fueron inhumados en fosas comunes por orden de los Jueces 76 y 78 de Instrucción Penal entre los días 9 y 30 de noviembre de 1985. Para complicar aún más el panorama tendiente a una futura plena identificación de estos ciudadanos, en las mismas fosas en que fueron depositados estos cuerpos, fueron sepultados cadáveres procedentes del desastre de Armero ocurrido el 13 de noviembre de 1985. Asimismo, hay constancia que en la misma fosa común, fueron enterrados cuerpos sin reclamar de distintos sucesos acaecidos en la ciudad capital, incluso cuerpos sin reclamar de ancianos fallecidos en un hogar geriátrico.

Años después de los hechos del Palacio de Justicia, más exactamente a partir de enero de 1998, ante el interés despertado por la existencia de unos presuntos desaparecidos, la Fiscalía General de la Nación procedió a la exhumación de los cuerpos. La labor duró hasta septiembre de ese año. En esta tarea, la responsabilidad de adelantar las identificaciones por distintos métodos (entre ellos el antropométrico y por ADN) fue entregada al Laboratorio de Antropología de la Universidad Nacional.

Al respecto se dijo en la Sentencia: “...Tales documentos corresponden, por un lado, al oficio de fecha 19 de noviembre de 1998, signado por el Profesor Titular del Departamento de Antropología de la Universidad Nacional, José Vicente Rodríguez Cuenca, mediante el cual se allegó en documento anexo el informe relativo a los “resultados del análisis bioantropológico de los restos óseos del holocausto del palacio de justicia (bogotá, noviembre 6 y 7 de 1985) depositados en el laboratorio de antropología física de la universidad nacional de colombia” y la relación de los “93 esqueletos excavados por el CTI de la Fiscalía, parte de ellos en custodia del Laboratorio de Antropología Física de la Universidad (Sic) Nacional de Colombia (Sic)”.

Según da cuenta el mencionado experticio, como producto de la exhumación practicada en la fosa común del Cementerio del Sur, entre enero y septiembre de 1998, se obtuvieron: “91 esqueletos de individuos adultos, 46 infantiles, 6 miembros amputados y 18 sin articulación anatómica, para un total de 163 individuos [...] Del total de esqueletos se muestrearon 27 individuos obteniendo cuatro muestras de cada uno de ellos para estudios genéticos (13, 17, 18, 34, 35, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 52, 53,54, 55, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80), seleccionados por las huellas de incineración presentes, por el nivel en

que se hallaron y por estar contenidos en bolsas plásticas [...] Es decir, solamente se apuntó a la identificación de las personas de la cafetería que supuestamente perecieron por la acción del fuego en el 4º, y no la totalidad de las allí inhumadas (Subraya y negrilla del Despacho)”.

Téngase en cuenta que el Departamento de Antropología reconoce haber recibido 91 *esqueletos de individuos adultos*. De ellos se muestrearon solamente 27 individuos: “...seleccionados por las huellas de incineración presentes, por el nivel en que se hallaron y por estar contenidos en bolsas plásticas (...) es decir se apuntó a la identificación de las personas de la cafetería que supuestamente perecieron por la acción del fuego en el 4º y no la totalidad de las allí inhumadas...”. Ergo, quedan 64 individuos por identificar.

Atendiendo a todo lo anterior, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, ordenó que se identificaran plenamente el total de 63 conjuntos óseos que desde hace más de siete años reposan a petición de la Fiscalía, en el laboratorio de Antropología Física de la Universidad Nacional. Desgraciadamente no ocurrió dentro del proceso seguido al Coronel (r) Plazas Vega, en tanto a pesar de haber sido ordenado por el Tribunal y solicitado insistentemente por la defensa del Coronel, a través de innumerables derechos de petición, por un motivo que desconocemos, pero que bien podemos suponer, en esta labor de identificación, no ha existido colaboración de muchas instituciones públicas como el Instituto Colombiano de Medicina Legal, el Laboratorio de Antropología de la Universidad Nacional y el CTI.

Pero hay otro cálculo interesante que realizar. Consta en las diligencias que a la fosa común fueron un total de 36 *cuerpos* provenientes del Palacio de Justicia, que no fueron entregados a sus familiares, si bien había algunos identificados. Ello se soporta, por ejemplo, con la declaración del Doctor EGON LICHTENBERGER, Director para la época de los hechos del Instituto de Medicina Legal, rendida el 13 de marzo de 1987 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal Ambulante:

“...Primer envío, en Noviembre 9 de 1985 mediante orden del Juez 78 de Instrucción Penal Militar, oficio 1342 JUPEM-78, un total de veintiséis (26) cadáveres de los cuales nueve (9) estaban identificados y no incinerados y 17 incinerados sin identificar. En el memorando están los nombres de los cadáveres identificados. Segundo envío noviembre 20 del 85, total ocho (8) cadáveres sin identificar, inhumados mediante licencia de la Secretaría

de Salud y debidamente registrados en las respectivas notarías. En el memorando se mencionan sexo, número de la licencia de inhumación, fecha de expedición de la misma la notaría donde fueron registradas. Tercer envío, noviembre 23 del 85, un (1) cadáver NN. Cuarto envío noviembre 30 del 85, un (1) cadáver NN... (Énfasis suplido). Es decir un total de 36 cadáveres.

Si volvemos a la información reportada por el Departamento de Antropología de la Universidad Nacional, se "... *muestrearon 27 Individuos...*", lo que nuevamente nos da un saldo pendiente, *esta vez, de 9 personas sin reconocer*; es en ese grupo donde hay una certeza relativa de que provenían del Palacio de Justicia.

5. *Conclusión*. La única manera de poder llegar a la verdad es que le demos paso en Colombia a lo que he denominado el Derecho penal de los difuntos, –que será tema de otra conferencia–, es decir, que como lo propuse en el año 2003 en la Comisión Constitucional de reforma al Sistema Penal, se permita a petición de las víctimas o de los propios afectados, en defensa del buen nombre de una persona que ha fallecido, se continúe el proceso penal mas allá de la muerte y que no quede necesariamente en una cesación de procedimiento, o, incluso, en una preclusión; y, por esa vía, y solo por esa vía, creo podrá saberse frente a quienes ya fallecieron (los integrantes del M-19 y por lo menos un oficial muerto que participó en los hechos), si realmente hubo o no desaparecidos, además de IRMA FRANCO, y, así, llegar al conocimiento pleno sobre la verdad de los hechos, y que las víctimas puedan descansar en paz. No se hará justicia condenando a un inocente, por más dolor que esos hechos nos causen.



Normas A.P.A.

Posada Maya, R., (2010), Los delitos de lesa humanidad. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf], Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 129.

Normas Icontec

POSADA MAYA, Ricardo. Los delitos de lesa humanidad. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf

II. LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

RICARDO POSADA MAYA*

A propósito de la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, proferida el 09 de junio de 2010, por la desaparición de once personas durante la recuperación del Palacio de Justicia.

“¿Por qué el movimiento de defensa de los derechos humanos se puso a la vanguardia de la violencia punitiva a ultranza?”

Daniel Pastor¹.

A. Introducción. Quiero expresar mis más sinceros agradecimientos al señor Rector de la Universidad Sergio Arboleda, Dr. Rodrigo Noguera Calderón, al señor Decano de la Escuela de Derecho Prof. José María Del Castillo Abella y al Prof. Fernando Velásquez V., Director del Departamento de Derecho penal de esta prestigiosa casa de estudios, por su amable invitación a este panel sobre *La sentencia de palacio de justicia y el Derecho penal*. Igualmente, quiero saludar a los reconocidos Profesores Kai Ambos y Christian Wolffhügel Gutiérrez, y al Abg. Jaime Granados Peña.

Se me ha invitado a tratar, durante los próximos 30 minutos, el tema relativo a los delitos de *lesa humanidad* a partir del planteo jurídico de

* Profesor y Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, y Director del Grupo de Estudios en Derecho Penal “*Cesare Beccaria*” de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor en Derecho Penal y *Magister Legum* por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Antioquia. La ponencia fue presentada en el marco del panel: *La sentencia del palacio de justicia y el Derecho penal*, celebrado el 17 de noviembre de 2010 en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá-Colombia.

¹ PASTOR, Daniel. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2005-A, p. 102.

la sentencia condenatoria que el Juzgado Tercero especializado de Bogotá profirió, el pasado nueve de junio de 2010, en contra del Sr. CR. Alfonso Plazas Vega por once delitos de desaparición forzada de personas y los correspondientes secuestros simples agravados previos, ocurridos durante la retoma militar del Palacio de Justicia realizada por parte de unidades del Ejército Nacional los infaustos días 6 y 7 de noviembre de 1985, en ejecución del plan de defensa nacional “Tricolor 83”².

Como es apenas evidente, el tema es muy complejo y de alta sensibilidad, por lo que es necesario hacer varias precisiones antes de comenzar: *Primero*. Las siguientes reflexiones no comprometen a la Universidad de los Andes. *Segundo*. El análisis de los delitos de lesa humanidad se hará en el marco jurídico de la sentencia, y examinará de modo particular el delito de desaparición forzada de personas previsto en el CP/2000, arts. 165 y 166.1. *Tercero*. Esta exploración no tratará cuestiones probatorias ni problemas referidos al ordenamiento jurídico internacional penal, pues ello será objeto de estudio por parte de otros profesores en este escenario académico. *Cuarto*. El análisis será dogmático y tendrá por objeto considerar algunos aspectos notables de la sentencia. No se hará activismo político. Ello significa que estas reflexiones no comportan ni la aprobación ni la desaprobación del sentido general de responsabilidad del fallo, que aún es objeto de controversia judicial; pero sí reprueban de manera contundente los horrendos crímenes contra los derechos humanos cometidos durante el episodio histórico que se estudia, por parte de todos los combatientes.

Así las cosas, la presente exposición se dividirá en tres breves puntos. En el primero se harán algunas consideraciones generales sobre los delitos de *lesa humanidad*. En el punto *segundo*, se abordará el complejo tema de la prescripción y sus efectos a partir de la postura que asume el Juzgado de instancia. Y, finalmente, en el tercero, se examinará el tema concursal, se repite, sin analizar el tema de la aplicación retroactiva de la ley.

B. Los delitos de lesa humanidad. La sentencia del Juzgado Tercero Especializado de Bogotá hace mención a los delitos de lesa humanidad, doce veces en el cuerpo de la sentencia y otras tantas en las

² Sobre los aspectos logísticos y tácticos de los hechos referidos a la toma y retoma del Palacio de Justicia, *cfr.* Sentencia condenatoria contra el CR. Alfonso Plazas Vega, pronunciada el 09 de junio de 2010. Única instancia Rad. 8810.

notas al pie de página, en las más de 325 páginas que se dedican a estudiar la responsabilidad del condenado.

Lo incomprensible del asunto es que el Juzgado Especializado ni siquiera se toma la molestia de argumentar, de manera adecuada, el *por qué* considera que las desapariciones forzadas y los secuestros simples agravados previos (CP/1980, Arts. 270 y 271.5) constituyen delitos graves de *lesa humanidad*. Una confusión que surge, al parecer, por considerar que todo delito de desaparición forzada es legalmente un crimen de lesa humanidad, cuando lo cierto es que en nuestro ordenamiento se contemplan tres categorías diferentes de éste: como delito común, como una modalidad de crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad. Todos ellos, como es apenas evidente, con requisitos contextuales y subjetivos diferentes.

Ahora bien. En *Primer lugar*, el Juzgado especializado de instancia parte de cuestionable precedente sobre el delito de genocidio (2010) que contradice la jurisprudencia histórica de las Altas Cortes en la materia. Precisamente, se afirma que los delitos de *lesa humanidad* son aplicables de manera directa partir de los estatutos internacionales en materia de derechos humanos (CN, Art. 93)³; pues éstos instrumentos tendrían, al ser parte del bloque de constitucionalidad⁴, la

³ Vid. CN, Arts. 12 y 28; DUDH, Res. 217a (iii) del 10.12.1948, Arts. 1º, 3º, 5º y 9º; DADDH, 1948, Art. 1º; PIDCP, Res. 2200 a (xxi) del 16.12.1966, Arts. 6, 7, 9 y 10; CADH, del 22.11.1969, Art. 7º, L. 16/1972. Además, para su estudio, cfr. Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Asamblea General UN, Res. núm. 47/133 del 18.12.1992, Art. 17.1 (orden de autoridad competente no justifica los delitos); L. 707/2001, aprobatoria de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belém do Pará, del 09.06.1994, Prom. D. 3974/2005. CCONST. Sent. C-580/2002, R. Escobar; L. 589/2000, Art. 8º, Comisión de búsqueda de personas desaparecidas; Arts. 10-12. CCONST., sent. C-473/2005, M. Cepeda. Por ejemplo, cuando afirma que “[...] no hay que olvidar que nos encontramos ante un delito considerado de lesa humanidad, el cual, a pesar de no estar consagrado en la normatividad penal con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, ni antes de la aprobación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, debe considerarse que para la época de los hechos ya existían instrumentos internacionales que abogaban por la protección de los bienes jurídicos que en la actualidad resguarda el tipo penal, normas que desde antaño hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario reconocido en la Constitución de 1886 y de obligatorio cumplimiento para el Estado”.

⁴ Sobre el concepto del bloque de constitucionalidad en ambos sentidos, *vid.* POSADA MAYA, Ricardo. “El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio”, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm.

capacidad jurídica para sustituir la ley vigente y en particular el CP/2000, no empero carecer este cuerpo normativo de vigencia durante la época de los acontecimientos sometidos a juzgamiento. Dice la providencia, que “[...] sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad. / [...] que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna”⁵ (énfasis propio). De

15, Escuela de Derecho, Alejandro Ordóñez Maldonado (Dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, pp. 8-13; UPRIMNY, Rodrigo: “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Vol. I, Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, pp. 97 -154. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede consultarse: CCONST., C-225/1995, A. MARTÍNEZ; C-291/2007, M. CEPEDA; C-047/2006, R. ESCOBAR; C-578/2002, M. CEPEDA; C-148/2005, Á. TAFUR; C-028/2006, H. SIERRA; C-400/1998, A. MARTÍNEZ.

⁵ CSJ PENAL, Auto del 13/05/2010, M.R. GONZÁLEZ DE LEMOS, agrega: “Con claridad, se reitera, antes de la expedición de la Ley 589 de 2000 ya existía la proscrición de los delitos como el genocidio, lo que permite –sin violentar el principio de legalidad- *que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna.* Es evidente la trascendencia internacional que connota la comisión de esta clase de conductas, ya definidas como de lesa humanidad, tanto así que, es reprochable la mora del legislador en implementar leyes de carácter interno que sancionen eficazmente las mismas, pero ello no es óbice para desconocer la existencia de una norma supranacional que obliga a darle cumplimiento y efectivizar las penas en contra de los autores de tan penosas conductas. Máxime, cuando al tratarse de un crimen catalogado como de nivel internacional y atentatorio de la dignidad humana, para su tipificación deben tenerse principalmente en cuenta los estándares internacionales, por lo que, una vez más se repite, *su consagración normativa internacional previa como delito, permite que su adecuación bajo los parámetros y condiciones aquí expuestas no sea violatoria del principio de legalidad* y, aún más, si se tiene en cuenta lo consagrado en el inciso 1º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con entrada en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968, donde se habla de una tipicidad no solo nacional, sino también, internacional”. De la misma opinión, siguiendo la clausula Radbruch, LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar. *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo-Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 2008, p. 81: “Consecuentemente,

este modo, la obligación de penalizar este tipo de comportamientos contra el derecho de gentes surge directamente de los instrumentos internacionales que protegen y (entonces protegían) el derecho a la personalidad y a la libertad.

Por el contrario, las Cortes Colombianas han dicho expresamente que, si bien la inexistencia a nivel interno de los delitos de lesa humanidad no impide su reconocimiento como delitos graves contra los derechos humanos (CN, Art. 93), en atención a la verdad y a los derechos de las víctimas, la remisión al ER, Art. 7°, *simplemente servirá para efectos de interpretar los elementos normativos de los delitos previstos en el CP/2000, es decir, delitos visados previamente por el principio de legalidad. En ningún caso se trata de reemplazar la normativa vigente o de aceptar que los tratados reemplazan el Código Penal*⁶, pues lo que se aplicará en estricto sentido es el supuesto

el principio del “*nullum crimen*” pierde carga normativa o en cierta medida, se “desformaliza”, pudiéndose fundar tipos penales en las reglas de derecho consuetudinario internacional que evolucionó a partir del derecho de Nüremberg”. Explica dicha cláusula y sus límites para Colombia: APONTE CARDONA, Alejandro. “¿Es posible la superación de un pasado conflictivo a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del Derecho penal en situaciones de transición”, en *Delito político, terrorismo y temas de Derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.); Bogotá, Uniandes, 2010, pp. 133 y ss.

⁶ La cuestión de la inclusión de estos delitos en Colombia estuvo precedida por una compleja discusión en torno al Proyecto de ley núm. 20/1998 del Senado de la República, Gaceta del Congreso núm. 126 del 22.07.1998 (p. 26) y Gaceta del Congreso (GC) núm. 185 del 17.09.1998, p. 6). Dicha ponencia, que buscaba tipificar tales delitos al menos respecto a cuatro conductas generales, fue ampliamente criticada porque limitaba el concepto de delitos de lesa humanidad (Gaceta del Congreso, núm. 369 del 23.12.1998, p. 34) e impedía el completo desarrollo de los derechos humanos. Posteriormente, en el primer debate a dicho proyecto de ley (Cámara de Representantes) núm. 142/1998 (GC, núm. 37 del 07.04.1999): por medio del cual “se tipifica la desaparición forzada de personas, el genocidio, la masacre, el desplazamiento forzado; se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura; se modifica la Ley 200 de 1995 y se dictan otras disposiciones”, a pesar de mantener el título de “Delitos contra la humanidad”, se propuso tipificar como delitos autónomos la desaparición forzada, la tortura y el traslado forzoso de una población, y la posibilidad de que “[...] cuando ellos o el homicidio sean parte de un ataque generalizado o sistemático a una población civil, sean considerados crímenes de lesa humanidad”. A pesar de ello, el proyecto fue concordado con el proyecto de Ley núm. 40/1998 (GC, núm. 37 del 07.04.1999, p. 8), que corresponde a la actual L. 599/2000 o CP, en el que finalmente no se tipificaron los delitos de lesa humanidad, sino que los

de hecho típico imponible al momento de la comisión del delito (o aquél tipo que proceda aplicar por favorabilidad penal. CP, Art. 6°) y su respectiva pena, con la argumentación propia de un crimen de lesa humanidad en la individualización judicial de la pena (CP, Art. 61), lo que supone un mayor deber de motivación por parte del juez, como lo ordena el Art. 59 del CP/2000, so pena de nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa. Resta advertir que estas consideraciones fueron completamente ignoradas por el juzgado al determinar la sanción.

Sobre este tema, la CCONST., sent. C-578/2002, C. Vargas, señala: “Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. *Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno* y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana”. Por su parte, la CSJ Penal, sent. del 31.07.2008, e31539, A. Ibáñez, advierte que: “[e]n el desarrollo de ese ejercicio argumentativo, el instructor deberá observar la valoración jurídica de cada una de las conductas punibles conforme al presupuesto de tipicidad estricta, imputación fáctica, categorías de atribución cometidas por el desmovilizado en su condición de militante del grupo armado ilegal. Así mismo, por tratarse de conductas cometidas por colectividades criminales, al momento de adecuar *típicamente esos comportamientos atenderá a la normatividad interna, al bloque de constitucionalidad y a los postulados del derecho internacional y del derecho internacional humanitario*, conforme de analizará más adelante”.

También, la CSJ Penal, sent. del 21.09.2009, e32022, S. Espinosa, señala: “Pero es claro para la Corte que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, *no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración – artículo 93 de la Carta Política– debe acudir a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas. [...]* Por lo tanto, para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos

tipos individuales fueron incorporados en los capítulos y títulos que protegen los bienes jurídicos tradicionales correspondientes (Genocidio en Vida, Desaparición forzada en delitos contra la libertad y otras garantías, etc.).

de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional *para fijar su contexto*, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos” (énfasis propio). Ampliamente *cfr.* CSJ Penal, sent. del 03.12.2009, e32672-.

El punto de partida de la sentencia es, pues, equivocado. No solo por que se vulneran principios fundamentales del Derecho penal moderno, como se dirá cuando otros profesores aborden el estudio del principio de legalidad en la sentencia, sino también, porque se desconoce la jurisprudencia constitucional que, al referirse al Art. 3º común a los Convenios de Ginebra y a dichos estatutos internacionales, afirma en sent. C-291/2007, M Cepeda que: “[...] en ambos casos se trata de normas internacionales *non-self-executing*, es decir, disposiciones convencionales que requieren que los respectivos ordenamientos internos las desarrollen, en ejercicio de su la libertad de configuración normativa. En otras palabras, se está ante normas internacionales incompletas, las cuales precisan la intervención del Congreso de la República, no solo para incorporarlas formalmente al ordenamiento jurídico colombiano (ley aprobatoria del tratado internacional) sino para poderlas aplicar, en términos de tipos penales, provistos de un comportamiento preciso y una sanción determinada (principio de legalidad penal)”. Como es apenas evidente, la imposibilidad de aplicar directamente los tratados internacionales no elimina la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas contra la libertad personal enjuiciadas.

En el ámbito internacional, la jurisprudencia española, por ejemplo, en la STS 798 del 01/10/2007 (RJ. 10049/2006) acoge la tesis aquí sostenida, al señalar: “4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, *los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento.*

El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones. / [...] / De todos modos, *el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. / Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa. / De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles. / 5. De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos*⁷⁷ (énfasis propio).

⁷⁷ El Derecho Penal español, CP, Art. 607 bis. 1, párrafo 2, LO 15/2003, señala: “En todo caso, se considera delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: / 1.º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. / 2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas

En segundo lugar, a partir de la legitimación de la aplicación *ex lege* que busca el juzgado, con base en la aplicación directa del bloque de constitucionalidad en sentido amplio, se termina de dar por supuesto que las once desapariciones forzadas y, en general, los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, cumplen de manera automática y en razón de la conmoción social de los graves hechos contra los derechos humanos sometidos a juicio, todos los requisitos normativos fundamentales que estas modalidades delictivas exigen, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Elementos que se mencionarán a continuación.

Respecto a los *delitos de lesa humanidad*⁸, como infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, se pueden hacer las siguientes precisiones básicas. A partir del Art. 7° del ER, num. 1, existirá un delito de lesa humanidad, cuando: (1) un agente estatal o privado, que actúa u omite en nombre, por instigación o bajo el consentimiento de éstos, ejecuta con la capacidad para realizar acciones colectivas mediante sujetos intercambiables, cualesquiera de los actos individuales previstos en los literales (a)–(k) del ER o el correlativo tipo penal nacional previsto el CP/2000 (*elemento fáctico*). (2) Ejecución que hace parte de la comisión múltiple de ataques –no necesariamente de naturaleza militar– generalizados o sistemáticos (*alternatividad del elemento contextual*). (3) Se trata, pues, de un ataque a los derechos fundamentales de “una población predominantemente civil necesitada de protección, que no sea parte del poder organizado que se emplea” (no sólo civiles custodiados por el lado opuesto amparados por el diH; pues incluso algunos delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos contra sujetos combatientes) o contra un grupo de personas en los casos previstos como persecución o genocidio

de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”. En general: GIL GIL, Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología núm. 77, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006, pp. 16 y ss.

⁸ Sobre el tema *vid.* WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, The Hage, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 219. Sobre el origen de estas figuras: CASSESE ANTONIO. *International criminal law*, New York, Oxford, 2003, p. 67 y ss.; PARENTI, Pablo/FILIPPINI, Leonardo G. /FOLGUEIRO, Hernán L. *Los crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 11 y ss. En general: D’ALESIO, Andrés J. *Los delitos de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes de lesa humanidad*, Bogotá, Doctrina y ley, 1998; GUERRERO APRÁEZ, Víctor. “La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad”, en Derecho Penal Contemporáneo, núm. 1 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2002, pp. 203 y ss.

en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. (iv) El ataque generalizado y sistemático debe realizarse con conocimiento contextual de dicho ataque y las condiciones en las que éste se ejecuta (elemento subjetivo). Los delitos de lesa humanidad son actos que lesionan a toda la comunidad humana y desconocen los estándares de convivencia civilizada.

Además, dicho ataque debe estar de acuerdo [Art. 7, 2 (a)] con “la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” por acción o tolerancia. Finalmente, debe advertirse que la aplicación de los delitos de lesa humanidad puede darse en tiempos de guerra o de paz, y en ningún caso depende de la existencia o reconocimiento de *facto* de un conflicto armado⁹. [vid. CSJ Penal, sent. del 21.09.2009, e32022, S. Espinosa¹⁰; CCONST., sent. C-578/2002]. Por su parte, el Art. 7, 2 (i) señala: por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Ahora bien, según la definición vista, se puede afirmar que los delitos de lesa humanidad se basan en cuatro pilares fundamentales, a saber: (1) *generalidad*, (2) *sistematicidad*, (3) *conocimiento*, y (4) *sujeción a cierta política*. Elementos que permiten asumir la existencia del delito¹¹. Para la CSJ Penal, sent. del 21.09.2009, e32022, S. Espinosa:

⁹ CASSESE. *International...*, *ob. cit.*, p. 64; METTRAUX. *International...*, *ob. cit.*, p. 156; PARENTI/FILIPPINI/FOLGUEIRO. *Los crímenes...*, *ob. cit.*, p. 39.

¹⁰ En el caso de una segunda instancia a un jefe paramilitar de un bloque que, “[d]urante el tiempo en que operó el Bloque Calima de las AUC en esa zona del país, se reportaron ataques criminales sistemáticos y generalizados en los departamentos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Huila, los cuales respondieron a una política devastadora que iba dirigida en la mayoría de los casos contra miembros de la población civil, señalados, sin formula de juicio, como militantes o auxiliares de los grupos subversivos ya citados”.

¹¹ CASSESE. *International...*, *ob. cit.*, p. 64: “They are not isolated or sporadic events, but are part either of a governmental policy, or of a widespread or systematic practice of atrocities tolerated, condoned, or acquiesced in by a government or a facto authority. Clearly, it is required that a single crime be an instance of a repetition of similar crimes or be part of a string of such crimes (widespread practice), or that it be the manifestation of a policy or a

“[e]n ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: *a*) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; *b*) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que se trate siempre de la ejecución de una política de Estado; *c*) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto de Roma; *d*) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y *e*) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales”.

Ahora bien. Por (1) *generalidad* se entiende la realización de un ataque único repetido progresivo o un ataque masivo¹² (lo que supera una simple pluralidad de personas) dirigido primariamente contra una población civil determinada¹³, dentro de una línea de conducta más amplia en el tiempo y en el espacio (amplitud territorial) que supone la comisión de múltiples afectaciones homogéneas (*idem genus criminis*).

Debe tratarse entonces de una colectividad (grupo o subgrupo) de víctimas¹⁴ –sin que éstas deban pertenecer a un grupo con

plan drawn up, or inspired by, State authorities or by leading officials of a de facto state-like organization, or of an organized political group (systematic practice)”. Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes ER: Doc. PCNICC/2000/INF/3/ADD.2, del 02.11.2000. Para la CSJ Penal, sent. del 21.09.2009, e32022, S. ESPINOSA.

¹² METTRAUX, Guénaél. *International Crimes and the AD Hoc Tribunals*, New York, Oxford, 2006, p. 171.

¹³ *Ibidem*, pp. 164 y ss.: “However, the term ‘population’ does not mean that the entire population of the geographical entity in which the attack is taking place (a state, a municipality, or an other circumscribed location) must be subject to the attack”. Sobre el carácter generalizado, *ibidem*. p. 170; PARENTI/FILIPPINI/FOLGUEIRO. *Los crímenes...*, *ob. cit.*, pp. 50 y ss.: “El carácter “generalizado” es de naturaleza predominantemente cuantitativa; su distinción respecto del requisito de escala contenido en la propia definición de ataque no puede ser establecida de modo tajante y muy probablemente dependa del tipo de población sobre la que recaiga el ataque (cuanto menor sea la población más próximos podrían estar ambos umbrales)”.

¹⁴ *Vid.* AMBOS, KAI. *Los crímenes del nuevo derecho internacional*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 52 y ss.; 127: “la comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad incrementa la gravedad del delito individual, en virtud de que aumenta el

características étnicas, religiosas o políticas determinadas-. Como queda claro, la generalidad puede ser masiva en términos cuantitativos como gravedad del ataque colectivo, pero la generalidad no se agota en la masividad, pues, a diferencia del genocidio que en nuestro concepto requiere, por regla general, más de dos afectaciones individuales, los delitos de lesa humanidad admiten un sólo ataque que cumpla de manera estricta con los elementos contextuales y subjetivos¹⁵.

En fin, los delitos de lesa humanidad son verdaderos delitos colectivos de organización (cuyo nivel más alto sería el delito de genocidio), que pueden dirigirse contra toda la población civil –no contra personas seleccionadas de ella,, razón por la cual quedan excluidos los ataques *aislados, esporádicos o dispersos*. CSJ Penal, sent. del 21.09.2009, e32022, S. Espinosa: “Tomando en consideración los anteriores factores relevantes, la Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante”.

Por (2) *sistematicidad*, se entiende en términos cualitativos, que el ataque debe ser el producto de una violencia organizada o

peligro de la conducta del autor individual del mismo [...]”; PRIETO SANJUÁN, Rafael A. *Tadić, Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional I*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana- Diké, 2005, p. 197; ICTY, Caso núm. IT-95-14-T, *The Prosecutor vs. Blaskic, Judgment Res.* 03.03.2000, § 206; ICTY, Caso núm. IT-98-32-T, *The Prosecutor vs. Vasiljevic, Judgment Res.* 29.11. 2001, § 35.

¹⁵ CASSESE. *International...*, *ob. cit.*, p. 64; METTRAUX. *International...*, *ob. cit.*, pp.165 y ss. señala, por su parte, que: “Numerically, a large number of victims may be indicative that the population itself was being attacked, and this number will be evidentially relevant to determine whether the attack might be regarded as either ‘widespread’ or ‘systematic’ as defined below (recalling that international law does not set any minimum quantitative threshold starting with which a crime may become a crime against humanity). / For the present purpose, a ‘population’ may be defined as sizeable group of people who possess some distinctive features that mark them as targets of the attack”. PARENTI/FILIPPINI/FOLGUEIRO. *Los crímenes...*, *ob. cit.*, p. 40: “Si se ha definido una línea de actuación que implica la comisión múltiple de actos, el acto inicial que pone en marcha esa decisión ya podría satisfacer el requisito de formar parte de un ataque [...]”.

planificada –activa o tolerada– que atenta contra la población civil –nacional o extranjera–. No quedan cubiertos de este modo los ataques *desarticulados, inconexos, espontáneos* o realizados al *azar* de las circunstancias. Un buen ejemplo de un ataque sistemático (necesariamente generalizado) son las ejecuciones extrajudiciales deliberadas o los actos de limpieza social, que requieren la purga sistemática de población civil basada en criterios de discriminación, para hacer, por ejemplo, étnicamente homogénea dicha población mediante su desplazamiento del lugar que ocupan¹⁶.

Por (3) *conocimiento*, se exige la intención y el conocimiento general¹⁷ de realizar o tolerar los elementos del delito particular y el conocimiento del elemento contextual (*conscientia sceleris*), es decir, que los delitos son parte de una política sistemática o el comienzo de una larga cadena de abusos. Además, en los delitos de persecución, es necesario que los actos colectivos obedezcan a una finalidad o intención discriminante, como la finalidad de excluir a las personas con el fin de dar un trato de inferioridad, aunque no se requiere una intención genocida.

Y, finalmente, por (4) *sujeción a cierta política*, es necesario que el crimen de lesa humanidad obedezca a una política o plan general del Estado o de una organización no gubernamental *de facto* dirigida a destruir, perseguir o debilitar a una comunidad o a desprotegerla deliberadamente. Política que, valga la pena aclararlo, no tiene por qué constituir una declaración formal de propósitos oficial, explícita o determinada en la ley. Este elemento se adecúa al elemento sistemático del ataque. Cuando se trata de ataques generalizados realizados por organizaciones no gubernamentales, los crímenes deben ser a lo menos tolerados por las autoridades del Estado encargadas constitucionalmente de prevenirlos. La exigencia de cierta política activa o de tolerancia finalmente requiere que el sujeto activo y su grupo tengan un liderazgo claro en la ejecución de los actos generalizados o sistemáticos contra la población civil, o la capacidad para promoverlos o tolerarlos (omisiones).

¹⁶ En este sentido *vid.* AMBOS, *Los crímenes...*, *ob. cit.*, p. 31, quien advierte que si el fin es el exterminio de la población, se dará un caso de genocidio.

¹⁷ *Ibidem*: "2. [...] el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización". CASSESE. *International...*, *ob. cit.*, p. 82; PARENTI/FILIPPINI/FOLGUEIRO. *Los crímenes...*, *ob. cit.*, p. 61 y ss.; METTRAUX. *International...*, *ob. cit.*, p. 173 y ss.

Apenas ver, difícilmente las desapariciones forzadas ocurridas durante la retoma del palacio de justicia cumplen con todos estos requisitos. En primer lugar, y esto naturalmente puede ser objeto de un intenso debate, los hechos estudiados, a pesar de su evidente gravedad jurídica y su enorme trascendencia humana y social, no necesariamente pueden calificarse como actos *generales*. En otras palabras, si bien se trató en principio de un acto repetido progresivo en once ocasiones (*idem genus criminis*), este no se puede considerar un ataque masivo contra la población civil, ni tampoco un ataque general que suponga un claro patrón amplio en el tiempo y en el espacio, entre otras cosas, porque dichos ataques se dirigieron al parecer contra personas seleccionadas luego de ser interrogadas en la casa del florero, lo que hace que los mismos se puedan calificar, aunque en un mismo escenario, como actos delictivos dispersos entre sí conjuntados.

Por lo que se refiere a la sistematicidad, la retoma al palacio de justicia está lejos de poder ser considerada como un episodio análogo, por ejemplo, a aquellos ocurridos en la dictadura de la Argentina durante el decenio de los setenta del siglo XX, durante la cual se diseñó, desarrolló y ejecutó un plan criminal sistemático dirigido a secuestrar, torturar, desaparecer y eliminar a cientos de personas que se reputaban sospechosas de ser “subversivas”, debido a su forma de pensar, actividades y a sus relaciones políticas, contrarias al establecimiento oficial. Por el contrario, la desaparición feroz de las once personas se llevó a cabo como un conjunto de ataques *desarticulados, espontáneos* y realizados al *azar* de las circunstancias, según se desarrollaba la operación de retoma.

Dicho lo anterior, no parece claro que haya existido por parte del gobierno central un despejado *conocimiento* de la comisión de delitos de lesa humanidad (como lo demuestra que el mismo Presidente de la República ordenara la investigación por lo sucedido en el Palacio de Justicia). Conocimiento que se afirma sí tenía la cúpula militar encargada de la operación, en la medida en que obran en el expediente afirmaciones que señalan, por ejemplo, el uso de lenguaje cifrado en las comunicaciones militares, por medio de las cuales se ordenó la realización de actividades ilícitas, en particular, la desaparición múltiple de personas.

Tampoco queda claro que los planes de defensa (tricolor y otros) fueran planes generales diseñados para realizar delitos de secuestro, desaparición y eliminación de personas, pues éstos sólo establecían

los lineamientos operacionales generales de la fuerza pública ante situaciones graves de orden público. No obstante, no puede descartarse que la desaparición de personas no estuviese prevista al momento de la comisión de los hechos. A nuestro juicio, la argumentación del caso permite encuadrar mejor estos hechos como un posible crimen de guerra, en particular, entre ellos: 149 “detención ilegal y privación del debido proceso” y/o 142 “Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos”, con independencia del respectivo concurso con los delitos de desaparición y secuestro agravados.

C. *La prescripción de los delitos permanentes.* Es un error evidente analizar el delito de desaparición forzada desde la perspectiva tradicional del tipo penal de secuestro, precisamente, porque se tienden a identificar estructural y materialmente. Sin lugar a dudas, el delito de desaparición forzada de personas se debe considerar como un delito permanente¹⁸, cuya consumación inicial requiere

¹⁸ CCONST., sent. C-580/2002, R. Escobar señala: “[...] este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. [...] Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancias”. Sobre este tipo de delitos, *vid.* ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4 Auf., München, C. H. Beck, 2006, pp. 330 y 331. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “La terminación del delito”, en *ADPCP*, vol. XLVIII, fasc. 1 (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 161y 162: “De ahí que se pueda definir como delito permanente aquella estructura típica, cuya consumación requiere, además de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, una mínima extensión temporal de la acción, la cual crea a su vez un estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo, que se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor, y que incide en una progresiva y homogénea intensificación de la lesión o del peligro a un bien jurídico no destructible ./ En el ámbito de la teoría de la terminación, el delito permanente presenta una fase en el desarrollo temporal del injusto con posterioridad a la consumación, que cesa cuando culmina el estado antijurídico . Dicha fase postconsumativa, claro está, se encuentra dentro del tipo y el final de aquella implica necesariamente el cese de éste. En definitiva, el delito permanente se consuma cuando se reúnen todos los elementos que configuran la correspondiente figura legal, y termina cuando cesa el estado antijurídico originado en el momento consumativo. Evidentemente, a ese periodo temporal le son asignables todas las consecuencias jurídicas

un acto complejo, compuesto, en primer lugar, por el sometimiento a privación –por cualquier forma– de la libertad del sujeto pasivo (resultado medial de naturaleza material) y, en segundo lugar, su posterior sometimiento a un ocultamiento de naturaleza permanente, que se manifiesta en la ausencia objetiva de información sobre el paradero del sujeto, lo que causa la consiguiente sustracción de la víctima del amparo de la ley¹⁹.

La consumación de la desaparición forzada, materializada como la sustracción del sujeto al amparo de la ley, es un estado jurídico que se prologa según la voluntad del sujeto activo y que cesa cuando aparece la persona viva o su cadáver²⁰ (si aparece la persona y esta continúa privada de la libertad termina la desaparición forzada pero no el secuestro o la toma rehenes). Aparición que constituye al tiempo la etapa de terminación del delito, mientras que su agotamiento dependerá, en cada caso, de las circunstancias subjetivas que modifiquen el delito²¹. Esta interpretación permite

de la teoría de la terminación que serán examinadas en la última parte de la presente investigación”

¹⁹ BORJA JIMÉNEZ. “La terminación...”, *ob. cit.*, p. 90: “[...] la fase de consumación, que representa el momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman el sustrato material requerido por los diferentes términos típicos de la correspondiente figura delictiva de la parte especial. En otras palabras, se produce la consumación cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto penal”.

²⁰ En contra, *cfr.* LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Capítulo IV. Colombia”, en AA. VV, *Desaparición forzada de personas, Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009, p. 98: “Se ha interpretado equivocadamente la norma al señalar que el delito de desaparición forzada continúa hasta que fuere hallada –viva o muerta– la persona privada de la libertad. Y esto no es así, porque la cesación de este delito depende de la voluntad del agente, lo que implica que debe existir la disponibilidad de la libertad de la víctima en manos del sujeto activo. Si la víctima ya no está viva, no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste [...]”. El problema de la autora es el entendimiento de que el delito de desaparición forzada protege de manera exclusiva el bien jurídico libertad, cuando en realidad protege el derecho a la personalidad y otros bienes jurídicos que no sólo están en cabeza del privado de la libertad.

²¹ Sobre dicho concepto, BORJA JIMÉNEZ. “La terminación...”, *ob. cit.*, p. 123: “[...] en consonancia con las aquí denominadas teorías positivas limitadas, se afirma que en el desarrollo temporal de cierta clase de delitos existe una fase posterior a la consumación que también integra el presupuesto de la punibilidad en la

explicar de manera adecuada la agravante prevista en el Art. 166 núm. 9, que consiste en un incremento punitivo en razón del mayor desvalor de acción que se presenta, cuando el sujeto activo: “[...] cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior [al descubrimiento del cadáver], o para causar daño a terceros”²², bajo el entendido que aún no ha aparecido el sujeto o su cadáver (continúa la consumación).

Cabe hacer una aclaración. El Art. 33 CN, que prevé el derecho fundamental a la no autoincriminación, impide configurar de *lege data* el delito de desaparición forzada como un tipo de infracción “al deber de dar información sobre el paradero de la persona”, a diferencia de lo que ocurre claramente, y con razón, en el derecho internacional penal. Ello supone la interpretación que hemos hecho de la figura nacional. Al menos, así lo ha manifestado expresamente la CCONST., sent. C-317/2002, C. Vargas, en el entendido que no es necesario el

medida en que continúa la progresión peligrosa o lesiva del bien jurídico y es abarcada por el tipo. De igual forma, junto al momento de la consumación caracterizado por representar el punto temporal en el que se reúnen todos los elementos constitutivos del tipo, se configura el momento de la terminación, que a su vez representa el punto límite a partir del cual desaparece la relevancia jurídica penal de las acciones u omisiones del sujeto activo”. En nuestro medio, LÓPEZ DÍAZ. “Capítulo..., *ob. cit.*, p. 92 y ss., afirma que “[...] sólo estaríamos frente a un delito de desaparición forzada simple o agravada cuando apareciera la persona o se encontraran sus restos, respectivamente, si se lograra demostrar que esa persona fue retenida y ocultada dentro del ámbito de vigencia de la ley que regula el delito, sin ningún fin específico para descartar aquellas privaciones de libertad que son propias del delito de secuestro extorsivo [...]”.

²² AMBOS, Kai/ BÖHM, María Laura. “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en *Desaparición forzada de personas análisis comparado internacional*, Kai Ambos (Coord.), Bogotá, Temis, 2009, pp. 249 y 250. “[...] la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo, referido a la libertad personal, y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida. Es importante subrayar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida, es decir, la muerte del detenido, para que se configure este delito. En tal sentido, la referida Convención regional sobre desaparición forzada de personas prevé la posibilidad de que los Estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (art. III, párr. 2°). Se confirma entonces que el injusto penal de la desaparición forzada de personas se mantiene aun en el caso de que posteriormente aparezca con vida la víctima. Para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí, nos parece, su puesta en peligro”.

requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona. Declaración de *constitucionalidad condicionada* que, a nuestro juicio, convierte dicho requisito típico en una condición de punibilidad, que permite considerar como efecto jurídico del delito la sustracción del sujeto al amparo de la ley (ello es, impedir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales), es decir, como efecto del sometimiento al ocultamiento material de la víctima luego de su privación de libertad.

Ahora bien, debe decirse que el tratamiento que el juzgado le da al tema de la prescripción de la acción en el delito permanente suscita gran inquietud. Asunto que admite estudiar dos aspectos diferentes. A. El problema general de la supuesta imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento constitucional²³. Y, B. Los efectos que tiene el tratamiento de la prescripción en el ámbito de la cosa juzgada material y en el respeto debido al principio de unidad delictiva. Sin embargo, no puede confundirse el fenómeno de la imprescriptibilidad de los delitos y los delitos de duración permanente²⁴.

En cuanto al fenómeno de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal y como lo prevé el ER., la CCONST²⁵ señaló, al estudiar el asunto respecto al delito de desaparición forzada, los siguientes principios: (1) De acuerdo con las normas constitucionales vigentes (CN, Art. 28 y 34), la pena de los delitos considerados como de lesa humanidad es prescriptible de acuerdo con el CP, Art. 84. (2) Por el contrario, la mayoría de los delitos de lesa humanidad pueden gozar de imprescriptibilidad de la acción penal, lo que implica la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación lleve a cabo investigaciones *ad infinitum*.

"[...] frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad

²³ Una postura liberal sobre el asunto en: GUZMÁN DALBORA, José Luís. "Crímenes internacionales y prescripción", en *Delito Político, Terrorismo y Temas de Derecho Penal*, Ricardo Posada Maya (Coord.), Bogotá, Facultad de Derecho-Uniandes, 2010, pp. 181-199.

²⁴ Esta confusión en: LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar. *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo-Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 2008, p. 80.

²⁵ *Cfr.* CCONST., sent. C. 580/2002, R. Escobar.

de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. [...] Sin embargo, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado. En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. *Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado*". Sin embargo, esta imprescriptibilidad no es absoluta sino relativa, en el sentido de que la acción se convertirá en prescriptible cuando el autor haya sido debidamente individualizado y haya sido imputado o llamado a indagatoria, es decir, haya sido debida y formalmente vinculado al proceso penal²⁶. Se requieren en realidad las dos condiciones. Debe anotarse que Colombia no ha ratificado la convención sobre *imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad*.

Debe agregarse, como lo señaló el alto Tribunal Constitucional, que en los casos de delitos permanentes –como la desaparición forzada–, ese término prescriptivo no corre hasta que se sepa del destino del desaparecido, porque de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse “desde la perpetración del último acto” de consumación. Así las cosas, no es verdad que en Colombia los delitos permanentes sean imprescriptibles, tampoco lo es la desaparición forzada, lo que ocurre es que la Corte Constitucional “modificó” el momento del inicio del término de prescripción,

²⁶ LÓPEZ DÍAZ. “Capítulo..., *ob. cit.*, p. 97, advierte que “[d]e esta manera, la corte Constitucional de manera no convincente y confusa diferencia entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, llegando al absurdo de que la acción sea imprescriptible, y las penas, prescriptibles”.

con lo cual se creó una postura *tertia* entre la prescriptibilidad y la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad que, como se dijo, no es este el caso.

No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta una reiterada interpretación de la CSJ sobre el término “ultimo acto” que, *en contra vía del tenor de la ley*, aunque de forma más favorable que la sentencia de la Corte Constitucional, termina por equiparar al momento del “cierre de la investigación penal”, así: “3.2. La sala en punto al delito de ejecución permanente, sentó las bases hermenéuticas, en auto del 22 de mayo de 2000 dentro del radicado 13.557 y, en idéntico sentido, en sentencia del 20 de junio de 2005 al reconocer la prescripción de la acción en delitos contra el régimen constitucional; afirmándose allí que “cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente [...] en consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea a penas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia, i) los actos posteriores podrían ser objeto de un proceso distinto; y ii) a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2° del artículo 84 del Código Penal”. / En consecuencia, enfrentadas las dos tesis, resulta obvio para la sala, que en el tema de los delitos de ejecución permanente, se produjo una nueva interpretación la cual consiste en no extender la potencialidad del daño hasta el querer finalístico del infractor el que confluía en el “ultimo acto”; sino hasta el cierre de investigación y, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación se inicia el término de prescripción de la acción penal, tal y como viene decidiendo en variados pronunciamientos de idéntica temática”.

Afirmar que las posturas jurídicas de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia son rigurosas, desde una perspectiva jurídica y dogmática, es imposible. Por lo que atañe a la Corte Constitucional, ésta asume una postura de activismo constitucional que vulnera de modo flagrante el principio de legalidad, pues no está consagrando la figura de la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos de lesa humanidad –prescripción que claramente queda cubierta por el CP, Art. 83 Ad. L. 1309/2009, Art. 1° y L. 1154/2007, Art. 1°–, sino que está desconociendo o derogando parcialmente el CP, Art.

84, al “modificar jurisprudencialmente” la norma e introducir una nueva regla en la materia que, sin piso legal, permite que el término de prescripción de la acción comience a contarse desde el día en cual se produce la vinculación procesal del sujeto activo, y no desde el día de la consumación, desde el día en que se perpetró el último acto o cuando haya cesado el deber de actuar en los delitos de lesa humanidad. En verdad, esta postura implica trasladar el régimen de “la iniciación del término de prescripción” de la naturaleza del hecho delictivo a cuestiones puramente procesales o contingentes, que dependerán de la amplia y libre voluntad del fiscal para formular la imputación o llamar al indiciado a indagatoria, con lo que se quiebra claramente la seguridad jurídica²⁷. No se puede confundir la naturaleza permanente del delito con su imprescriptibilidad.

Otro tanto puede afirmarse de la decisión –por cierto contradictoria– de la CSJ, pues el Tribunal ordinario realiza una interpretación que, “por así decirlo”, si bien es favorable al procesado en cuanto que amplía el término del inicio de la cuenta de la prescripción de la acción (CP, Art. 84) al dividir el único delito a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación”; también lo es que se acoge un ficción jurídica insostenible y contraria al principio de legalidad, porque la firmeza de la resolución de acusación es utilizada para romper la unidad de acción del único delito permanente que, de la nada y por razones puramente procesales vinculadas a la voluntad del fiscal de turno para acusar, se transforma en dos o más infracciones distintas en concurso (ideal o real), con la consiguiente quiebra sustantiva del principio de *ne bis in ídem*. Principios que imponen tratar de modo ineluctable al delito permanente, como modalidad de delito único, como una sola infracción a efectos sustantivos y procesales²⁸.

²⁷ Señala la sentencia: “no hay que olvidar que el punible de lesa humanidad por el que se juzga al Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA es de carácter permanente, por lo que dicho término, acudiendo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, se extiende hasta la “ejecutoria del cierre de investigación”, esto es, hasta el 21 de enero de 2008, bajo el aparente entendido de que el procesado desarrolló el comportamiento ilícito hasta esa fecha, y será entonces a partir de la “ejecutoria de la resolución de acusación”, 26 de febrero de 2008, que empezará a contarse el tiempo de prescripción de la acción penal”. Fl. 86.

²⁸ BORJA JIMÉNEZ. “La terminación...”, *ob. cit.*, p. 183: “En segundo lugar, un argumento lógico impone la solución aquí defendida. Si el plazo de la prescripción se situase en el momento de la consumación formal del delito, se llegaría al absurdo de dejar sin castigo aquellas infracciones cuya realización del injusto excediese temporalmente del plazo establecido para la prescripción. Se llegaría, pues, a la incongruencia de beneficiar las

Esta interpretación, además, se adecuaba a aquella otra de la CSJ de Colombia que en el ámbito de la cosa juzgada, por lo demás, también es ficticia y resulta insostenible. La CSJ entiende que los hechos realizados con anterioridad a la sentencia condenatoria –limitada en sus hechos por la congruencia de la acusación–, comporta atribuir un efecto parcial al principio constitucional relativo de la “*res iudicata*”, de tal suerte “que el efecto preclusivo propio de la cosa juzgada apenas puede predicarse de las conductas parte estrictamente comprendidas en el objeto procesal puesto en conocimiento del juez y sobre las cuales éste podía decidir [...] los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de acción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal, y por ende, fueron objeto del proceso”²⁹.

D. El Problema Concursal. Es innegable que la sentencia plantea también interesantes temas de orden concursal, al menos, por lo que se refiere al fenómeno del aparente concurso de tipos penales. El primer problema de interpretación se presenta a partir del año 2001, por lo que concierne a la vigencia paralela de los tipos penales de secuestro extorsivo agravado y desaparición forzada de personas agravada (todas ellas en concurso). Asunto que ha sido bien resuelto por la sentencia al determinar que prevalece la aplicación del tipo de desaparición forzada de personas en razón de su carácter especial, es decir, por la vigencia simultánea de las dos normas, una de las cuales se aplica por especialidad en razón del imperativo lógico que determina subsumir el secuestro en la desaparición forzada³⁰.

Sin embargo, el problema concursal no se agota aquí, pues subsiste otro mucho más complejo, que supone analizar si la norma típica vigente

concreciones delictivas más graves frente a aquella cuyo contenido del injusto fuese de menor entidad por extenderse en un periodo temporal inferior. Estas insatisfactorias consecuencias se evitan si el inicio del término de la prescripción se sitúa en el momento de la terminación del delito (232)”. Y luego agrega *ibídem*, p. 184: “En conclusión, en los delitos que presentan una fase postconsumativa, el término de la prescripción no se inicia en el momento en que se produce la consumación formal, sino en este otro en el que cesa la actividad antijurídica denominado terminación”.

²⁹ En CSJ PENAL, sent. del 17.03.1999, e12187 J. GÓMEZ.

³⁰ LÓPEZ DÍAZ. “Capítulo..., *ob. cit.*, pp. 92-93, a favor de la tesis de que sólo debe aplicarse el delito de secuestro simple. Sin embargo, no son claras ni convincentes sus afirmaciones en cuanto a la improcedencia del concurso de delitos.

a partir del año 2001, es decir, el delito de desaparición forzada de personas, también se aplica de manera preferente al tipo de secuestro aplicable desde 1985. Se trata de un problema de concurso aparente sucesivo (1985-2001-2010) que el juzgado ha resultado de manera desafortunada, acudiendo a un dolo *ex ante facto*³¹ insostenible y al principio de *consunción*³², en contra de la opinión común dominante que reclama la aplicación de un *concurso ideal de delitos*³³, precedido por una unidad de conducta con identidad parcial.

Según el Juzgado, la aplicación del concurso ideal vulnera el principio de *ne bis in ídem*. Argumento que basa en la CSJ Penal, sent. del 26/03/2007, e25629: “nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único”. El argumento es complejo. *Primero*, porque previamente se aseguró que tal identidad era inexistente a instancias de la argumentación de la defensa, quien planteó la aplicación favorable del delito de secuestro inicial y su prescripción con base en la mismidad del comportamiento delictivo (secuestro/desaparición). *Segundo*, porque la nueva identidad que se predica para afirmar un concurso ideal, sólo es viable cuando se presenta una vigencia simultánea de las normas (concurso paralelo), pero no cuando la vigencia es sucesiva de 1985 a 2001 y de 2001 a 2010. Naturalmente, en este caso debe estudiarse el problema de la favorabilidad penal por la existencia de un tránsito de legislaciones: favorabilidad que es inexistente.

Además, que no existe tal identidad es un hecho evidente cuando, al momento de resolver el concurso aparente entre los secuestros simples

³¹ Argumenta el juzgado que “Con base en lo anterior, se puede inferir que conocido el delito de desaparición forzada de personas, realmente la acción desplegada por el autor tenía como propósito su realización, no el de secuestro, otra cosa es que la descripción típica de los elementos diferenciadores entre uno y otro no estuviese recogida en la normatividad sustantiva antes del año 2000. Ese designio criminal ha perdurado en el tiempo [...]”.

³² Argumenta el juzgado que “En conclusión, se hace evidente que a efectos de evitar una doble sanción por un mismo hecho delictivo, acudiendo a los postulados de especialidad y consunción, deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada, tipo que si bien desvalora la infracción al deber de brindar información respecto del paradero de la víctima o su cadáver, hace lo propio en cuanto a la privación ilegal de la libertad, de tal forma que el desvalor del secuestro agravado se recoge en el tipo penal especial de mayor riqueza descriptiva”.

³³ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Derecho Penal internacional*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 173-174.

agravados y las desapariciones forzadas –con vigencia posterior–, el juzgador acoge el principio hermenéutico de consunción, cuya aplicación tiene lugar, según se afirma, a partir de dos consideraciones: (a) Primero, por la mayor riqueza descriptiva que supone el tipo penal de desaparición forzada respecto al tipo penal de secuestro; y (b) segundo, por el carácter pluriofensivo de la primera disposición.

Sin embargo, ninguna de las dos razones es en verdad determinante para desechar la aplicación del principio de subsidiariedad material por progresión delictiva, en la protección de menos a más respecto de un mismo bien jurídico. En realidad, la decisión de aplicar el principio de consunción no se puede basar en la mayor riqueza descriptiva típica, pues entonces debería aplicarse el principio prevalente de especialidad que, sin duda alguna, desplaza lógicamente la aplicación del principio de consunción³⁴. El problema es que dicha aplicación sería retroactiva, ni más ni menos. Además, el problema hermenéutico no sólo es formal sino material, no en vano el juzgador le da importancia al carácter pluriofensivo del tipo de desaparición forzada, respecto a la lesión del bien jurídico.

³⁴ Contradicción evidente en la sentencia, cuando ese afirma: “Lo anterior, teniendo en cuenta que, en criterio del Juzgado, si se parte de ese planteamiento se vulnera el principio general del derecho penal non bis in idem material ya que si bien nos encontramos ante una unidad jurídica de acción en donde aparentemente se transgrede varias normas penales, un análisis más riguroso permite apreciar que sólo existe el delito complejo de desaparición forzada agravada ya que: i) recoge el desvalor del punible de secuestro agravado, porque además de ostentar mayor riqueza descriptiva, protege a la par de otros bienes jurídicos tutelados el de la libertad individual. La jurisprudencia y doctrina, han sido pacíficas en señalar que este fenómeno se resuelve con base en el principio de consunción según el cual: “[...] el tipo penal complejo o consuntivo,... por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*. En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento”. Por lo anterior, ii) se afianza la característica de ser un punible especial, de aplicación preferente en comparación con el delito general de secuestro, lo cual encuentra sustento en la denominada regla de especialidad [...]”.

En cualquier caso, que el tipo de desaparición sea un tipo penal pluriofensivo no comporta de manera automática la aplicación del principio de consunción por hecho acompañante o tipo complejo, pues la consunción supone la prevalencia de uno o de varios tipos penales diferentes que protegen bienes jurídicos primarios diferentes, uno de los cuales valorativamente acoge el desvalor de injusto del otro. El secuestro y la desaparición forzada, por el contrario, protegen legalmente el mismo bien jurídico primario: la libertad, la autonomía y otras garantías. En otras palabras, mientras que la subsidiariedad supone identidad de bien jurídico lesionado primario, la consunción supone heterogeneidad de bien jurídico protegido por los diversos tipos penales en aparente concurso. No se trata, pues, de un problema de consunción por hecho acompañante, pues siempre sería imposible concursar ambas figuras (como sucede entre el hurto con violencia contra las personas y el constreñimiento ilegal), sino de un problema de subsidiariedad material por hecho previo impune. El problema, que no puede tratarse aquí, radica en la eterna y rentable confusión dogmática en que incurre la CSJ, cuando aborda la distinción entre subsidiariedad y consunción.

En fin, la relación material de interferencia típica entre ambos tipos supone que la preeminencia de la desaparición forzada frente al secuestro se dé en el contexto de una progresión delictiva, siempre y cuando las normas en conflicto estuviesen vigentes al momento de la comisión del delito. Como quiera que ello no se presenta al analizar el concurso aparente entre 1985 y 2001, es forzoso concluir que tiene la razón la doctrina mayoritaria, cuando afirma que:

“... [El] plus que significa la desaparición forzada de personas nos permite afirmar sin duda que los casos de desaparición forzada que se venían tramitando como secuestro deberán ser tratados como desaparición forzada. En efecto, sabemos que el secuestro consiste en una privación de la libertad que se puede extender en el tiempo, dado el carácter permanente de la conducta. Si la desaparición se limitara a ese mismo elemento, tendríamos que concluir que como consecuencia del respeto al principio de legalidad no se podría iniciar un proceso por desaparición forzada de personas. No obstante, antes de la vigencia de la ley 589 de 2000, el plus que caracteriza a la desaparición forzada de personas es impune. Una vez entra en vigor, ese plus se sanciona, por lo que si el secuestro implica ausencia de información sobre el paradero de la víctima y sustracción de la protección legal, tendremos que concluir que estamos en presencia de un delito de secuestro que deviene en desaparición forzada”³⁵.

³⁵ *Ibidem*.

Finalmente, si se admite que sólo es aplicable la desaparición forzada de personas en concurso, teniendo en cuenta el hecho desde 1985 y no desde el 2001, entonces se aplicará la ley penal de manera retroactiva a hechos acaecidos antes del año 2001, en contra de la Constitución colombiana. Sobre el tema no ahondaré más por ser materia de otra ponencia, pero quiero concluir señalando que el discurso de los derechos humanos y su activismo no pueden deformar a su antojo la concepción interna, constitucional, del principio de legalidad penal, para forzar una aplicación penal que riñe con los postulados más básicos del derecho penal liberal³⁶. El principio de legalidad es un derecho humano, los derechos humanos no se combaten arrasando derechos humanos. Es un derecho de los pueblos definir el sentido de su propio principio de legalidad y, por ende, de su Estado de Derecho.

E. Bibliografía

AMBOS, KAI: *Los crímenes del nuevo derecho internacional*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004.

AMBOS, KAI/BÖHM, MARÍA LAURA: "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa", en *Desaparición forzada de personas análisis comparado internacional*, Kai Ambos (Coord.), Bogotá, Temis, 2009.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO: "¿Es posible la superación de un pasado conflictivo a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del Derecho penal en situaciones de transición", en *Delito político, terrorismo y temas de Derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.); Bogotá, Uniandes, 2010.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. "La terminación del delito", en *ADPCP*, vol. xlviii, fasc. i (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

CASSESE ANTONIO: *International criminal law*, New York, Oxford, 2003.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME: *Derecho Penal internacional*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001.

³⁶ Sobre la conceptualización del principio de legalidad a nivel internacional, cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Crisis del Principio de legalidad en el Derecho penal internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2008; SABELLI, Héctor E./SANTIAGO, Alfonso. *Tiempo, Constitución y ley penal. Los principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, Relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Su crisis en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

D'ALESIO, ANDRÉS J.: *Los delitos de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

GIL GIL, ALICIA: "Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, núm. 77, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Crímenes de lesa humanidad*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1998.

GUERRERO APRÁEZ, VÍCTOR: "La génesis de la noción de crimen de lesa humanidad", en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 1 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2002, págs. 203 y ss.

GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUÍS: "Crímenes internacionales y prescripción", en *Delito Político, Terrorismo y Temas de Derecho Penal*, Ricardo Posada Maya (Coord.), Bogotá, Facultad de Derecho-Uniandes, 2010.

JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Crisis del Principio de legalidad en el Derecho penal internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2008.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA: "Capítulo IV. Colombia", en AA. VV., *Desaparición forzada de personas, Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009.

LÓPEZ GOLDARACENA, OSCAR: *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo-Uruguay, Fondo de Cultura Universitaria, 2008.

METTRAUX, GUÉNAËL: *International Crimes and the AD Hoc Tribunals*, New York, Oxford, 2006.

PARENTI, PABLO/FILIPPINI, LEONARDO G./FOLGUEIRO, HERNÁN L.: *Los crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, págs. 11 y ss.

PASTOR, DANIEL: "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005-A, págs. 102 y ss.

POSADA MAYA, RICARDO: "El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio", en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm. 15, Escuela de Derecho, Alejandro Ordóñez Maldonado (Dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008.

PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A.: *Tadić, Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional I*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana- Diké, 2005.

ROXIN, CLAUS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Auf., München, C. H. Beck, 2006.

SABELLI, HÉCTOR E./SANTIAGO, ALFONSO: *Tiempo, Constitución y ley penal. Los principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, Relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Su crisis en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO: "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Vol. I, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2001.

WERLE, GERHARD: *Principles of International Criminal Law*, The Hage, T.M.C. Asser Press, 2005.

Normas A.P.A.

Wolffhügel Gutiérrez, C., (2010), La prohibición de retroactividad. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 157.

Normas Icontec

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. La prohibición de retroactividad. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf

III. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ*

Cuando se produzca un hecho nuevo en cuanto no esté incriminado por ninguna disposición legal ¿qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante permanecerá inerte...; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta.

G. Maggiore

A. Introducción. Como bien se sabe, los hechos investigados acaecieron los días 6 y 7 de noviembre de 1985. El episodio central lo constituye, la existencia de once personas rescatadas, de las cuales no se ha vuelto saber de su paradero¹. A partir de esta situación fáctica, el fallo en comento, de un lado sostiene que: *“para la época de los hechos, el tipo penal que recogía de mejor manera el supuesto fáctico desplegado por el sujeto... era el de secuestro... toda vez que para entonces no se había contemplado en la normatividad penal nacional la desaparición forzada como delito autónomo²”*; además, de otro lado, concluye que *“deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada³”*, con el fin de evitar una doble sanción por el mismo hecho delictivo.

Frente a este panorama, el contenido de la sentencia ansía esquivar el punto de quiebre del principio de legalidad, a través del binomio que denominaré: *“delito permanente” “ius cogens”*. Esta construcción emerge como quiera que: (1) la sentencia reconoce expresamente que para la época de los hechos no estaba tipificada la conducta de

* Profesor e investigador de la escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; candidato a Doctor de la misma Casa de Estudios.

¹ Cfr. folio 5 de la Sentencia.

² Cfr. folio 77 de la Sentencia.

³ Cfr. folio 91 de la Sentencia.

desaparición forzada; y, (2) también, registra explícitamente que nada impide su adecuación al supuesto de hecho de desaparición forzada, sin que ello implique la violación al principio de legalidad.

B. El Principio de legalidad⁴: *especial énfasis al nullum crimen sine praevia lege.*

1. *Los antecedentes.* La prohibición de retroactividad en el moderno Derecho penal, se expresó por primera vez en las Constituciones de los Estados fundadores de la Unión norteamericana e inmediatamente después en Francia⁵. Fue enunciada en Alemania por FEUERBACH⁶ con la conocida máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

En nuestra patria se formuló desde el Proyecto de Código Penal para Colombia de 1823, en cuyo artículo quinto estableció que “*a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”; a su turno, el Proyecto de 1826 –en el Título preliminar, artículo segundo⁷– acuñó en semejantes términos este apotegma; en la misma línea, tanto el Proyecto del Código Penal de 1833⁸ como el Código Penal de 1837 y los Códigos penales del Estado Soberano de Bolívar de 1862 y 1873 –con similar redacción– establecen que “*ningún delito ó culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración*”⁹. También, los Códigos penales del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858¹⁰, del Estado Soberano de Antioquia de 1867¹¹, del Estado Soberano de Magdalena de 1874¹², al igual que el

⁴ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 131 y ss.

⁵ Dice así: “En los artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland de 1776, art. 6 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre”. Cfr. MAURACH, *Tratado*, Tomo I, pág. 140.

⁶ Cfr. FEUERBACH, *Tratado*, pág. 63.

⁷ Señala: “*No se impondrán nunca otras penas, que las que señale alguna ley publicada antes de cometer la violación a que se impongan*”.

⁸ Cfr. Art. 4.

⁹ Cfr. Art. 4; Art. 4, Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1862; Art. 4, Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1873.

¹⁰ Dice así: “*ningún delito ó culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración*” Cfr. Art. 4, *Los Doce Códigos*, Tomo II, pág. 223.

¹¹ Cfr. Art. 5.

¹² Cfr. Art. 8.

Código Penal de 1873¹³ proclaman en sus páginas esta importante conquista.

2. *La doctrina.* La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena, es el contenido más asentando tradicionalmente del principio de legalidad¹⁴. Por ello, la prohibición de retroactividad es un asunto de permanente actualidad político-jurídica por el hecho de que “*todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos*”¹⁵. Bajo esta perspectiva, para que pueda operar el principio de irretroactividad es necesario que se alíe con el de absoluta legalidad de los delitos y de penas, toda vez que el uno sin el otro carecen de razón de ser¹⁶; es más, hay quienes entienden que el principio de irretroactividad aparece fundido¹⁷ o, dicho de otra forma, es inseparable¹⁸ del de legalidad. En fin, otros apuntan a que se trata de un corolario¹⁹ o una prohibición contenida en el principio de legalidad²⁰.

Ahora bien, en cuanto al fundamento de esta prohibición, los estudiosos se inclinan por la tesis de la seguridad jurídica²¹ en la medida en que se trata de una garantía del ciudadano²² cuyo núcleo está en la protección de la confianza de todos en que los límites de la libertad estén definidos de antemano²³. En consecuencia, es apenas natural que la persona pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena²⁴. En esta línea de reflexión, un comportamiento únicamente puede ser castigado si está determinado con anterioridad a su ejecución²⁵ y, por supuesto, la

¹³ Dispone: “*Art. 4º. Ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una lei publicada antes de su perpetración*”.

¹⁴ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones*, pág. 50.

¹⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, pág. 161.

¹⁶ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, pág. 156.

¹⁷ Cfr. ANTOLISEI, *Manual*, pág. 85.

¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., pág. 108.

¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, pág. 381. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 141.

²⁰ Cfr. BACIGALUPO, *Derecho Penal*, pág. 134.

²¹ Cfr. JESCHECK, *Tratado* pág. 147; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 201; CEREZO MIR, *Obras completas*, T. I, pág. 265.

²² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, pág. 525.

²³ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, pág. 320.

²⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pág. 107.

²⁵ Cfr. MEZGER, *Tratado*, Tomo I, págs. 111 y 112.

pena debe estar –del mismo modo definida– antes de la comisión del delito²⁶. Aunque parezca una obviedad –y bien debiera serlo– la ley penal de manera general se aplica a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia²⁷.

Con razón, la irretroactividad hace parte de los llamados “*principios para la limitación de la violencia por carencia de elementalísimos requisitos formales*”²⁸.

3. La Constitución y la Corte Constitucional. El artículo 29 de la Carta Política, señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes **preexistentes** al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio²⁹. A su turno, la jurisprudencia del Foro Supremo en materia constitucional³⁰, enseña que el principio de legalidad en sentido lato implica la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas y la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes³¹. Al respecto, es menester recordar que el antedicho Tribunal determinó que la nota de “*preexistente*” implica que la norma sancionadora –ineluctablemente– debe ser anterior al hecho. Así, pues, “*un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o «preexistente»*”³². De esta forma, la ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal³³.

4. La eficacia del principio de irretroactividad. Este apotegma adquiere total protagonismo en dos escenarios: el primero, cuando se crea un delito –esto es, la ley acrimina *ex novo* un hecho que anteriormente no se

²⁶ Cfr. MAURACH, *Tratado*, Tomo I, pág. 139.

²⁷ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 141. Así mismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, págs. 113 y 114.

²⁸ Cfr. ZAFARONI, *En busca de las penas perdidas*, pág. 195.

²⁹ Con similar redacción la Constitución de 1886 disponía en el art. 26: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

³⁰ Cfr. Sentencia C-996 de 2000.

³¹ Por ello, dice: “y, en sentido estricto, la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible”. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, págs. 14 y ss.

³² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999.

³³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001.

consideraba como tal³⁴; y, el segundo, cuando se eleva la sanción para el hecho punible ya existente³⁵. En ambos casos, la fundamentación o su agravamiento, rige exclusivamente para el comportamiento futuro³⁶, esto como quiera que se legisla hacia el futuro no para el pasado³⁷.

Ahora bien, de cara a la sentencia que concita la atención de este Auditorio, es menester ocuparnos del primer ámbito. Al respecto, se ha dicho por la doctrina que en los supuestos de creación de un nuevo tipo penal “(l)a irretroactividad es absoluta”³⁸. La razón de ello radica en que si las nuevas normas incriminadoras tuviesen eficacia retroactiva, nadie podría tener jamás la seguridad de no padecer posteriormente una sanción penal por actos realizados; de esta forma, los ciudadanos se hallarían expuestos a las arbitrariedades y represalias de los rectores del Estado³⁹. Por supuesto, “*Si esto fuere admisible, todo ciudadano tendría que transformarse en vidente o profeta, para prever a distancia de años los hechos que se inscribirán un día en el número de los delitos*”⁴⁰.

C. *El delito de desaparición forzada y su vigencia.* Se puede afirmar –sin hesitación alguna– que para la fecha en que acaeció tan lamentable suceso, el delito de desaparición forzada no hacía parte de las figuras punibles de nuestro estatuto de penas; también, se sabe que casi 15 años después –mediante la Ley 589 de 6 de julio de 2000– fue empotrado en el otrora Código Penal. No obstante, el fallo en comento expresa que “*deberá juzgarse de manera exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada*”⁴¹.

1. *La conducta típica.* En la iniciativa presentada por la Fiscalía General de la Nación, de cara a la estructura de este hecho punible, se dice que tiene lugar “*iniciando con la privación de la libertad, la ocultación de la persona y terminando con la negativa de reconocer la privación y a dar información sobre su paradero*”⁴². A su turno, la doctrina nacional, señala que se trata de un tipo penal de conducta acumulativa porque no es suficiente la privación de la libertad sino que hace falta “*luego*

³⁴ Cfr. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Volumen I, pág. 195.

³⁵ MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones* pág. 58.

³⁶ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal*, pág. 30.

³⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, pág. 201.

³⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones*, pág. 98.

³⁹ Cfr. ANTOLISEI, *Manual*, pág. 85.

⁴⁰ Cfr. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Volumen I, págs. 196 y 197.

⁴¹ Cfr. folio 91 de la Sentencia.

⁴² Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, pág. 354.

de la conducta principal rectora⁴³, que el agente oculte la persona y se niegue a reconocer la privación o dar información sobre su paradero⁴⁴.

Así, pues, como lo dice otro expositor⁴⁵ la conducta se instituye en tres momentos⁴⁶: primero, el sometimiento de otra persona a la privación de la libertad; segundo, el ocultamiento; y, finalmente, la negativa de tener a la víctima. De esta manera –como quiera que se trata de requisitos acumulativos– la conducta previa a la negativa de reconocer dicha privación o la de abstenerse de informar sobre el mismo, se encontrará inmersa en el estadio de tentativa⁴⁷.

No obstante, hay quienes de *lege ferenda* piensan que la privación de la libertad –sea esta legal o ilegal– se entiende como un presupuesto⁴⁸ o como un acto preparatorio⁴⁹ lo que descarta la tentativa y, de no arribar la conducta a estadio de la negación de información, sitúa el comportamiento –de ser la privación ilegal– en un supuesto delictivo de privación ilegal de la libertad.

2. *Delito permanente*. Atendidos los criterios para clasificar los tipos penales –para este caso según su contenido– la doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia⁵¹ entienden que este es uno de ellos. En cuanto a la argumentación vertida en el proveído judicial, es palmario como aquella pretende eludir la prohibición de retroactividad con base en el cariz permanente de este delito. En este entramado, resulta

⁴³ Cfr. SAMPEDRO ARRUBLA, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, pág. 733.

⁴⁴ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Desaparición forzada de personas*, pág. 248.

⁴⁵ Cfr. CÓRDOBA TRIVIÑO, *Derecho penal internacional*, pág. 169.

⁴⁶ Para la doctrina internacional, desde un punto de vista objetivo el tipo diferencia dos alternativas de actuación: la privación de la libertad y la negación de información. Cfr. WERLE, *Tratado*, pág. 411.

⁴⁷ Cfr. CÓRDOBA TRIVIÑO, *Derecho penal internacional*, pág. 170.

⁴⁸ Cfr. MEINI, *Desaparición forzada de personas*, pág. 119.

⁴⁹ Cfr. AMBOS, *Desaparición forzada*, pág. 248.

⁵⁰ Por ello, se dice “que se caracterizan porque el comportamiento del agente se renueva de manera continua en el tiempo” (Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., pág. 634). En todo caso, hay quienes los clasifican en necesariamente permanentes y eventualmente permanentes. Los primeros se caracterizan porque precisan siempre de una actividad antijurídica positiva o negativa tras la producción de la situación antijurídica; los segundos, no siempre exigen tal actividad antijurídica posterior (cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, pág. 511).

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

–cuando menos anecdótico– traer a colación algunos referentes que en idéntica pluma se encuentran consignados en pronunciamientos emanados de tribunales del sur del continente, al ocuparse de este asunto.

Al respecto, la tantas veces mencionada sentencia –en cuanto al delito permanente–, proyecta en secuencia las siguientes citas:

1. “(T)odos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación” (Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, tomo I, Buenos Aires, 1951, pág. 275⁵²).
2. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, página 237⁵³.
3. Maggiore cuando expone: “está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo”, en: Maggiore, G., Derecho Penal, traducido por Ortega Torres, tomo 1, Bogotá, 1956, p. 295⁵⁴.

A su turno, la Corte Suprema de Argentina –al traer a colación el dictamen del Procurador General de la Nación⁵⁵– emplea, en el mismo orden, idénticas citas, esto es, los mismos autores, la misma definición, la misma obra –incluida la edición– y, por supuesto, la misma página al discurrir en torno al delito permanente. Además, la sentencia acude a citas doctrinarias y jurisprudenciales –en algunos casos en forma desatinada⁵⁶–.

⁵² Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 64.

⁵³ Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 65.

⁵⁴ Cfr. Folio 85 de la Sentencia, pié de página 65.

⁵⁵ Ver: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,78,0,0,1,0>

⁵⁶ Por ejemplo, la sentencia cita de manera equivocada a la Corte Penal Internacional, sin que esta Corporación haya dicho lo que allí se afirma (ver folio 98 y pié de página 96). Se trata de unos párrafos tomados del texto del Prof. Ambos –Desaparición Forzada de Personas– que trae esa misma cita, bien hecha, que en verdad es de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y no de la Corte Penal Internacional. El caso es Tiu Tojin v. Guatemala, que *obviamente* no corresponde a ninguno de los casos que conoce la CPI, ver: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>.

D. El tiempo de comisión del delito⁵⁷. El punto de partida para elucidar este problema, está en determinar cuándo se entiende realizada la conducta punible, para, a partir de allí, establecer si se cumple o no con el principio de preexistencia de la Ley. En esta materia, predomina la teoría de la acción⁵⁸ –que al tenor de la doctrina⁵⁹ es la que adopta el Código Penal– según la cual “*el hecho punible se entiende cometido al momento en que se produce la manifestación de voluntad*”⁶⁰. En cuanto a los delitos permanentes, el tiempo de comisión “*comprende el lapso transcurrido desde la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse*”⁶¹ (resaltado fuera del texto).

Así las cosas, al tenor de los hechos el tiempo de comisión de la conducta acriminada emerge los días 6 y 7 de noviembre de 1985, de suerte que, en consonancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, es en ese momento que se debe comprobar la preexistencia de la norma. Por supuesto, las normas que se erigieron con posterioridad a dichas fechas, no se pueden reputar preexistentes al hecho imputado. No es, por lo tanto, válido afirmar que por tratarse de un delito permanente se satisface esta exigencia. Dicho entendimiento, parte de una argumentación que no compartimos.

La preexistencia de la norma –trátase de delito de ejecución permanente o instantánea– debe ser reputada en el “*momento en que se produce la manifestación de voluntad*” que es la tesis que adoptó el legislador patrio. Lo contrario, esto es, concebir que la norma sea preexistente cuando se promulgó casi quince años después del momento en que se produce la manifestación de voluntad es algo difícil de entender⁶².

⁵⁷ Sin duda, la cuestión del tiempo en que el delito se entiende realizado es una de las más debatidas en el ámbito de la teoría de la ley penal. Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, *Desaparición forzada de personas*, pág. 125.

⁵⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, pág. 162; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, tomo II, pág. 199; JESCHECK, *Tratado*, pág. 147; ANTOLISEI, *Manual*, pág. 92; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 30.

⁵⁹ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 301.

⁶⁰ *Ibid.* Con las mismas palabras MAURACH: “el de la manifestación de voluntad”. Cfr. *Tratado* Tomo I, pág. 142; también JIMÉNEZ DE ASÚA: “debe atenderse al instante en que aquella manifestación de voluntad se produjo”. Cfr. *Lecciones*, pág. 99.

⁶¹ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 302.

⁶² Con este punto de partida, si al tiempo de la acción la ley no tipificaba el hecho y lo hace una ley posterior la conducta no puede ser considerada delictiva para el autor. A tal efecto, cita como ejemplos algunas de las

Es más, corrobora lo dicho el hecho de que la consumación del delito de desaparición forzada se presenta de manera instantánea desde que el autor incumple el deber de informar; por ello, que subsista o no dicho deber es irrelevante de cara a la consumación⁶³ y, en esa línea de argumentación, la Ley debe ser preexistente a dicho momento. Recuérdese que la prohibición de retroactividad no sólo se dirige al legislador sino al juez penal, sin embargo, para este último “*se añade, además, otra complicación su actividad consiste en...decidir el caso que se le presenta en base a una opinión jurídica que todavía no estaba en vigor cuando esté ocurrió*”⁶⁴.

E. Alternativas frente a comportamientos que empiezan a ser punibles en el curso de su ejecución. Con el ánimo de ilustrar acerca de las diversas aristas que plantea un caso como el objeto de análisis, es menester, *grosso modo*, esbozar las opciones que algunos sectores de la doctrina plantean.

En primer lugar, hay quienes sostienen que si la reforma consiste en que una conducta principia a ser punible en el curso de su ejecución, “*solo se puede castigar si la parte ejecutada tras la modificación legislativa supone un delito completo*”⁶⁵. Esta hipótesis se descarta en este asunto, toda vez que la Ley 589 de 2000 se promulgó lustros después de que, en teoría, se hubiese presentado la etapa ejecutiva del delito.

Así mismo, en segundo lugar, están aquellos casos en que la ley posterior convierte en delito determinada conducta, en este punto “*la ley posterior solamente puede aplicarse si la totalidad de su presupuesto ha sido realizada durante su vigencia*”⁶⁶, lo que se traduce en un problema fáctico y no jurídico⁶⁷. Esta variante, al igual que la anterior, debe ser desechada como quiera que la totalidad del hecho punible, no se realizó durante la vigencia de la nueva Ley.

Finalmente, en tercer lugar, se encuentra la hipótesis según la cual la nueva Ley crea por primera vez un delito anterior al último acto. En efecto, “*si la formulación del tipo sanciona a quien realice un acto y posteriormente otro u otros, la ejecución del hecho típico no se aplaza hasta*

modalidades de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado*, Tomo I, pág. 701.

⁶³ Cfr. MEINI, *Desaparición forzada de personas*, pág. 125.

⁶⁴ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, pág. 324.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 116.

⁶⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 202.

⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, pág. 201.

el inicio del último acto, sino que comienza ya al principio del primero con lo cual, como el tiempo de comisión del delito dura desde el primer acto, una ley posterior a este sería retroactiva respecto de esa parte del delito⁶⁸". Al igual que las citadas en precedencia, esta opción corre la misma suerte: ha de ser eliminada. La razón está en que tal y como se sostuvo (ver supra: 3. Tiempo de comisión del delito) la ejecución del hecho y su consumación se produjeron antes de la nueva ley.

F. *Ius cogens*. Aunado a lo dicho, la Sentencia –con el propósito de eludir la vulneración del principio de legalidad– le agrega un elemento según el cual *"para la época de los hechos ya existían instrumentos internacionales que abogaban por la protección de los bienes jurídicos que en la actualidad resguarda el tipo penal... normas que desde antaño hacen parte del ius cogens"*⁶⁹". En similar sentido, la Corte Suprema de Argentina –dictamen del Procurador General de la Nación–, frente al mismo problema aduce que: *"para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban la desaparición forzada...dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)"*⁷⁰.

Esta postura la importa de un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal⁷¹ –más controvertible aún– según el cual, de cara al genocidio, *"antes de la expedición la Ley 589 de 2000 ya existía la proscripción de los delitos como el genocidio, lo que permite –sin violentar el principio de legalidad– que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna"*. Lo paradójico es que, en ese auto, no sólo se pide aplicar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 –aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959 y ratificada el 27 de octubre del mismo año– algo que desquicia por completo el principio de legalidad⁷², sino que a pesar de que

⁶⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, pág. 901.

⁶⁹ Cfr. Folio 98 de la Sentencia.

⁷⁰ Cfr. Sentencia de 14 de junio de 2005, en VALENCIA VILLA, *Compilación de jurisprudencia*, vol. V, pág. 908.

⁷¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁷² La creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador. Cfr. Sentencias C-939 de 2002 y C-205 de 2003.

la misma no establece como grupo protegido al grupo político, la Sala de Casación Penal, en una postura bastante confusa, amplía la protección a dichos grupos sin que la Convención lo sostenga.

Al respecto, hay que tener en cuenta que los convenios internacionales no tipifican delitos; desde luego, sí prohíben conductas y establecen obligaciones para los estados tendentes a la tipificación de aquéllos⁷³.

En cuanto a esta postura, bien se sabe que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador –reserva de ley⁷⁴ en sentido material– que, de cara al principio de legalidad, exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el legislador⁷⁵. Esta reserva –atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular– asegura, por supuesto, que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, de suerte que se elimine la posibilidad de establecer prohibiciones y castigos circunstanciales⁷⁶.

Así, pues, en las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley⁷⁷.

Con todo, el argumento de la Sala de Casación Penal –que a su turno invoca el Juez– es refutado de manera fulminante por la Corte Constitucional, para quien *“es claro que ni la norma constitucional citada, ni los instrumentos internacionales permiten que en la actualidad (antes de la Ley 598 de 2000) se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello sólo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente”*⁷⁸. (Resaltado y paréntesis fuera del texto.)

⁷³ Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado*, tomo I, pág. 692.

⁷⁴ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, pág. 132.

⁷⁵ Cfr. Sentencias C-939 de 2002 y C-205 de 2003, decisiones apoyadas en las construcciones del pensador italiano citado en precedencia.

⁷⁶ Cfr. Sentencia C- 238 de 2005.

⁷⁷ Cfr. Sentencia C- 101 de 2004.

⁷⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 2000.

G. Conclusiones. Para culminar esta exposición, es preciso sentar como corolario estas afirmaciones:

Primera: En un “Estado de derecho se debe defender al individuo con el derecho penal, pero, además del derecho penal”⁷⁹. Por ello, con razón se ha dicho que el Derecho Penal es un arma de doble filo, que puede operar realmente sobre la sociedad en sentido estabilizador, pero que al mismo tiempo está en capacidad de perjudicar gravemente⁸⁰.

Segunda: Una de “las tareas futuras de la Ciencia del Derecho Penal en el plano nacional” es la salvaguarda de la tradición liberal e ilustrada⁸¹; la labor esencial de la doctrina penal será la de vigilar la garantía de los fundamentos liberales del Derecho Penal⁸².

Tercera. Por ello, deben llamar la atención de la doctrina penal las afirmaciones de quienes sin reparo alguno, entienden que “la tipificación no puede responder a la legislación existente en el momento de comisión de los hechos, sino a la normativa aplicable al momento en el que las autoridades tengan conocimiento de las conductas delictivas, en virtud del carácter continuo y permanente de la violación”.

Cuarta: El principio de legalidad no puede ni debe caer en la tentación de la supuesta adaptación a la “realidad actual”. Hoy como otrora su vigencia y sentido se ha de mantener incólume.

Quinta. En fin, se trata de un pronunciamiento tanto polémico como complejo que debe llamar la atención de la academia, para que ésta, siempre objetiva y desapasionada, exponga sus críticas no con la pretensión de ser la verdad revelada, sino con la misión de reafirmar el protagonismo que en la discusión actual –tan coyuntural y emotiva– demanda un verdadero Derecho penal de garantías.

H. Bibliografía

ALBALAJEDO ESCRIBANO, ISABEL (comp.): *La desaparición forzada de personas en Colombia. Guía de normas, mecanismos y procedimientos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

⁷⁹ Cfr. DONNA, *Precisiones sobre el principio de legalidad*.

⁸⁰ Cfr. ROXIN, *Pasado, presente y futuro*, págs. 197 y 198.

⁸¹ Cfr. *Ibid.* pág. 196.

⁸² Cfr. *Ibid.* pág. 199.

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ed. UTEHA, 1960.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO Y AA/VV: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Barcelona, Edit. Praxis, 1999.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Obras completas, TI, Derecho penal, Parte General*, Limas, Ara Editores, 2006.

COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN T.S.: *Derecho Penal, parte general*, 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1862, expedido por la asamblea legislativa en las sesiones de 1861 y 1862.

Código Penal del Estado Soberano de Bolívar de 1873, Bogotá, 1873.

Código Penal Estado Soberano de Magdalena de 1874, Santa Marta, Imprenta del ferrocarril del Magdalena, 1875.

Código Penal del Estado Soberano de Antioquia de 1867, Bogotá, Imprenta de Ortíz Malo, 1868.

Colección de las leyes y decretos expedidos por el congreso constitucional de la Nueva Granada, Bogotá 1837.

CÓRDOBA TRIVIÑO, JAIME: *Derecho penal internacional, estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal colombiano*, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *Derecho penal español, parte general en esquemas*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

DONNA, EDGAR ALBERTO: *Precisiones sobre el principio de legalidad*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2564/7.pdf>.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del Grantismo Pena*, Madrid, Ed. Trotta, 4ª ed. 2000.

FEUERBACH, ANSELM VON: *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 14ª edición alemana de 1847 por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemier, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo I, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2001.

HASSEMER WINFRED: *Fundamentos del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Casa editorial Bosch, 1984.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, HEINS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, trad. de Miguel Olmedo C., 5ª ed. Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Lecciones de Derecho penal*, Colección Clásicos del Derecho, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

Los Doce Códigos del Estado de Cundinamarca, tomos II y III, Bogotá, Imprenta de Echeverría Hermanos, 1859.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares Editorial, 2002.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho Penal*, Volumen I, el derecho penal, el delito, traducción de José Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1971.

MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte General, tomo II, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962.

MEZGER, EDMUND: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1957.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 8ª ed., Barcelona, Ed. Reppertor, 2008.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

Proyecto de Código Penal para Colombia tomado con las variaciones necesarias, del que se presentó a las cortes españolas por una comisión en el año de 1821, Bogotá, Imprenta de la República, por Nicomedes Lora, 1823.

Proyecto de Código Penal para la República de la Nueva Granada. Acordado por el Consejo de Estado el año de 1833 para presentarlo al Congreso en sus próximas sesiones, Bogotá, Imprenta de Nicomedes Lora, 1833.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, Ed. De Derecho Privado, 1963.

RANIERI, SILVIO: *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Bogotá, Ed. Temis, 1975.

ROXIN CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Madrid, Edit. Civitas, 1997.

ROXIN CLAUS: *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO: *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

STRATENWERTH, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, I, el hecho punible, Traducción de la segunda edición alemana (1976), Madrid, EDERSA, editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1982.

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Volumen V, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

— *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Temis 1994.

WERLE, GERHARD: *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal*, Parte General, 1ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2000.

— *En busca de las penas perdidas*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1990.



Normas A.P.A.

Velásquez Velásquez, F., (2010), Los aparatos criminales organizados de poder. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandoVDP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 173.

Normas Icontec

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los aparatos criminales organizados de poder. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandoVDP4.pdf

IV. LOS APARATOS CRIMINALES ORGANIZADOS DE PODER

FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

“Por favor, que cese el fuego inmediatamente. Divulgue ante la opinión pública, inmediatamente, es urgente, es de vida o muerte, ¿sí me oyen?... Estamos con varios magistrados, un buen número de magistrados y de personal subalterno, pero es indispensable que cese el fuego inmediatamente. Divulgue a la opinión pública eso, para que el presidente dé la orden... Que el presidente de la República dé finalmente la orden de cese al fuego”.

A. Introducción

Las anteriores fueron las últimas palabras públicas que pronunció, en vida, el entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Alfonso Reyes Echandía, del día seis de noviembre de 1985, antes de caer asesinado en el interior del Palacio de Justicia con sus compañeros de faena judicial y sus subalternos. Esa súplica retumbó, una y otra vez, en todos los medios de comunicación del país y le dio la vuelta al mundo. ¡Nadie, por supuesto, dio la orden de que cesara el fuego!

Adrede, durante veinticinco años, me abstuve de emitir cualquier juicio u opinión sobre tan luctuosos hechos después de que, en compañía del Profesor NÓDIER AGUDELO BETANCUR, el día 16 de noviembre de 1985, publicáramos en la Revista Nuevo Foro Penal –que él dirigía y yo coordinaba–, una declaración escrita por ambos¹

* Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; fundador y miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, de esa casa de estudios.

¹ Cfr. AGUDELO BETANCUR/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “La Justicia en llamas”, en *NFP* N° 29, s/p.

cuyos términos y alcances puedo suscribir hoy cuando, acompañado de la lupa del tiempo, vuelvo a mirar los acontecimientos. Los mismos que hace cinco años me llevaron a proponerle al Señor Rector de la Universidad, que honrásemos la memoria del Profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS –una de las víctimas del holocausto, cuya partida todavía lloramos–, al designar a nuestro Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas con su nombre.

B. *Las tesis de la sentencia.* Sin más preámbulos, se examinan a continuación los planteamientos que contiene la decisión en estudio en relación con la materia asignada. En efecto, en el acápite 6.3.3. de la misma, emitida el día nueve de junio de 2010 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, dedicado a la “Responsabilidad”, bajo el rubro “Breve referencia a la figura de la autoría mediata y sus diferencias con la coautoría”, se hacen diversas precisiones sobre esos institutos.

1. *El cambio de calificación.* A rompe se advierte es que la sentenciadora cuestiona la calificación dada por la Fiscalía a la conducta endilgada al procesado en la Resolución de acusación, cual es la “coautor impropio”; estas son sus palabras:

“Si bien la señora Fiscal no identificó categóricamente a que título imputó la responsabilidad endilgada al señor coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, de lo argumentado en la resolución de acusación, así como de los alegatos conclusivos, se infiere que lo hizo en la calidad de *coautor impropio*, imputación que no comparte el Despacho, toda vez que se considera que la solución dogmática que se ajusta al caso en concreto está gobernada por la teoría de la *autoría mediata* por actuar a través de *estructuras organizadas de poder*” (folio 265; las cursivas son del original).

En ello se observa un gran contraste dado que –de forma abrupta– el Juzgado cambió la calificación dada a la conducta en lo que toca con la forma de concurrencia delictual, con todas las consecuencias procesales que ello comporta de cara a la vigencia del principio de la congruencia.

2. *La génesis de la construcción de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder; su soporte.* La providencia se ocupa, además, de la forma como se generó –gracias a la labor del Profesor alemán CLAUS ROXIN– la tesis de la autoría mediata en estos casos. Al efecto, se prevale de las consideraciones contenidas en la sentencia del 23 de febrero 2010, rad. 32805 emanada de la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y se escuda en citas de aquél² y de MUÑOZ CONDE. En relación con el apoyo de la misma, de nuevo de la mano del catedrático germano, señala:

“Esta teoría encuentra sustento «en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en este caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables»”.

3. Una tercera forma de autoría mediata. Así mismo, examina la manera como el expositor alemán construye con esta figura una tercera forma de autoría mediata que se suma a las dos tradicionales, esto es, los casos de coacción y error:

“Con base en lo expuesto, Roxin constituye una tercera forma de autoría mediata que se fundamenta en el dominio de un aparato de poder organizado –oportunidad en la cual advierte que ello “puede incubarse dentro de aparatos estatales o en estructuras propiamente delincuenciales”, a cuyo efecto se vale de lo dicho en la sent. emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 23 de febrero de 2010, rad. 32805, que va más allá de los supuestos, tradicionalmente aceptados por la doctrina, en que el ejecutor no es responsable por actuar bajo un supuesto de coacción o error”.

Es más, muestra cómo para esta construcción el instrumento no es la persona que obra en una causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad –habría que añadir los casos de atipicidad–, a cuyo efecto se prevale de las consideraciones que al respecto hacen ROXIN, SUÁREZ SÁNCHEZ y Sala de Casación Penal en la decisión citada:

“...el autor mediato no se vale del individuo que se encuentra subsumido en una causal de justificación o inculpabilidad, sino que domina la ejecución del hecho «sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que [funciona] como una máquina perfecta, desde la cúpula, donde se [diseña], [planifica] y se [dan] órdenes criminales, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales órdenes por las personas intermediarias que [organizan] y [controlan] su cumplimiento»”, de tal suerte que el instrumento deja de ser el autor material individualmente considerado y pasa a ser el aparato. En palabras del profesor alemán: «[...] el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de

² Cfr. ROXIN, “El dominio de organización”, págs. 11 y ss.

la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado».

4. Los requisitos del instituto. También, enuncia las exigencias de la autoría mediata en aparatos organizados de poder para lo cual acude a un texto del mismo Profesor alemán y a otro de la Prof. GIL GIL:

“i) poder de mando [Anordnungsgewalt]”, o “dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida”; ii) “la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder”, esto es, “[q]ue el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho”; iii) “la fungibilidad del ejecutor inmediato” “–que no es irresponsable–”, o sea, que pueda ser “libremente intercambiable”; y iv) “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”.

5. *El distingo entre Autoría mediata y coautoría.* A partir de ello, intenta formular la diferencia entre autoría mediata y coautoría –que también extiende a la mal llamada “coautoría impropia”, a cuyo efecto se funda en la sent. de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 12 de julio 2002, rad. 11682–, en los siguientes términos:

“Con base en los elementos indicados, se identifica claramente la diferencia que existe entre la aludida autoría mediata y la coautoría, lo que permite descartar esa última categoría para casos como el que ocupa nuestra atención, por lo siguiente: i) la autoría mediata se basa en una estructura piramidal, jerárquica, en la cual el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios lo que le permite estar por encima del ejecutor. Por el contrario, la coautoría se estructura de forma horizontal, en donde existe acuerdo común entre los partícipes sin relación de subordinación. ii) La realización conjunta del ilícito que se predica de la coautoría desaparece en la autoría mediata, ya que el que ordena no conoce quién va a ser finalmente el ejecutor, no establecen contacto directo, no se encuentran al mismo nivel, ni deciden conjuntamente nada” (folios 268-269). Esto, desde luego, no le impide afirmar que condena al imputado como “...coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada, prevista en el artículo 165 y 166.1 de la Ley 599 de 2000 -texto original” (folio 324).

6. *El procesado como autor mediato porque, se dice, tenía posición de mando dentro del estamento militar.* De la mano de lo anterior la pieza judicial en estudio afirma, en consecuencia, que el imputado tenía poder de mando y, por ende, ello lo torna en un autor mediato de las desapariciones investigadas:

“Teniendo en cuenta lo hasta aquí argumentado, la tesis que acoge el Juzgado tiene sustento en que el sentenciado, para la época de los hechos, se desempeñaba como militar activo del Ejército Nacional en el grado de Teniente Coronel y Comandante de la Escuela de Caballería, lo que permite ubicarlo en una posición preeminente dentro de la estructura de poder estatal; por tal razón, como se verá enseguida, el Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA ostentaba poder, mando y capacidad de impartir órdenes a sus subordinados. Además, en atención al acervo probatorio recabado, se arriba al convencimiento de que el implicado y los miembros de la ESCAB, tuvieron participación activa durante el desarrollo de la operación táctica y de inteligencia de combate dirigida y coordinada por la Décimo Tercera Brigada, para ese entonces Brigada de Institutos Militares, para la recuperación del Palacio de Justicia y la liberación de rehenes en poder del grupo al margen de la ley, autodenominado M-19” (folio 269).

Es por ello que, justo es recordarlo, en la parte resolutive lo condena como “...*autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada,...*”. Incluso, párrafos más adelante, insiste en que él no sólo tenía el mando sino que controlaba a los subordinados, de donde se infiere el requisito de su “intercambiabilidad”:

“Por otra parte, el grado que ostentaba el enjuiciado dentro de la Brigada XIII del Ejército, le permitía impartir órdenes y ejercer el mando sobre los orgánicos de la Escuela de Caballería; sin embargo, contrario a lo alegado por la defensa, durante los sucesos del Palacio de Justicia, integrantes de otras unidades tácticas debieron acatar disposiciones emanadas del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, lo que permite demostrar la intercambiabilidad de los subordinados” (folio 285).

7. *Se dice acoger la tesis roxiniana en el contexto de las elaboraciones doctrinas y jurisprudenciales extranjeras.* Luego, al citar algunas decisiones foráneas sobre la materia (como el caso Fujimori) y de mencionar textos de autores nacionales (cfr. APONTE CARDONA y SOCHA SALAMANCA), muestra cómo la concepción del dogmático germano ha sido aceptada en la jurisprudencia nacional:

“Precisamente, la Corte Suprema de Justicia si bien ya se había referido a la autoría mediata por actuar a través de estructuras organizadas de poder (véase, entre otras: la sentencia del 2 de septiembre de 2009, rad. 29221, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; así como la sentencia del 3 de diciembre de 2009, rad. 32672, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), no fue sino hasta la decisión del 23 de febrero de 2010 que decidió actualizar su jurisprudencia en el sentido de considerar que: “cuando se está ante el fenómeno delincriminal derivado de estructuras o aparatos de poder organizados[*], los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos[...] y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-“(Rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos. Posición plasmada con posterioridad en la sentencia del 18 de marzo de 2010, rad. 27032, M.P. María del Socorro González de Lemos). Decisión en la que se incluye, en la definición de posibles autores mediatos y ejecutores directos, a miembros de estructuras de poder estatal, cuando hace referencia a «comandantes» y «soldados»” (folios 271 y 272).

Incluso, se ve un precedente al respecto en la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal el día dos de septiembre 2009, radicado, 29221 –cuya referencia exacta no aparece aunque si un párrafo de la misma–, en la que se acuñó la no precisada figura de la “coautoría por cadena de mando” (cfr. folio 284).

8. Se postula una “nueva interpretación” del art. 29 del C. P. La construcción propuesta se afinca en el texto citado que, con auxilio de la sentencia de 23 de febrero 2010, se dice que debe ser objeto de una “nueva interpretación” para darle cabida al instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. En efecto:

“Este criterio jurídico no escapa a nuestro país, en donde, luego de varios pronunciamientos emanados de diversos sectores de la doctrina penal nacional, la honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido la tesis expuesta con el fin de brindar una solución más razonable a aquellos eventos en los cuales el autor mediato se vale de un entramado al margen de la Ley para llevar a cabo la ejecución de delitos de extrema gravedad, lo que permite *abrir camino a una nueva interpretación del inciso primero del artículo 29 del Código de penas*, en el sentido de abandonar la clasificación restrictiva de autoría mediata, que consideraba al instrumento irresponsable por haber actuado inmerso en un error invencible o bajo insuperable coacción y considerar dentro de esa categoría al ejecutor penalmente responsable” (folio 271; cursivas añadidas).

C. Apuntes críticos

1. *La ausencia de un verdadero aparato criminal organizado de poder.* Según las consideraciones plasmadas en la sentencia **existió** un aparato organizado de poder (criminal), pero –de manera curiosa– este se armó de un día para otro, entre el seis y el siete de noviembre 1985; eso, por supuesto, pugna con dicha construcción académica que exige la conformación en el tiempo de tal organización, pues, como bien ha dicho el propio ROXIN, estos casos “...se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que desplegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”³.

Por ello, por *aparato criminal organizado de poder* –que puede ser de carácter estatal o no⁴–, se entiende una manifestación delictiva en la que concurre un número plural de personas, de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que las ejecutan; es más, los agentes encargados de realizar el delito –que suelen ser plurales y sólo conocen de forma parcial el diseño– no participan en la estructuración del plan delictivo⁵. Las expresiones utilizadas para designar la figura así lo indican: “aparato” proviene del latín *apparātus*⁶, esto es, un “conjunto organizado de piezas que cumplen una función determinada”; lo de *criminal*, obedece a que se trata de actividades delincuenciales; *organizado*, a su vez, viene del verbo *organizar*⁷, esto es, disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado; y *poder* es, como también dice el Diccionario, “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo” o “tener facilidad, tiempo o lugar de hacer

³ ROXIN, *Autoría y Dominio*, pág. 268.

⁴ La diferencia entre ambos grupos en ROXIN (cfr. *Autoría*, págs. 275 y ss.) y AMBOS (cfr. *Dominio del hecho*, págs. 33 y ss.). Sobre la conveniencia de extender la teoría mencionada a los aparatos organizados de poder en el ámbito no estatal, al campo empresarial, véase LASCANO, “Teoría de los aparatos organizados”, págs. 349 a 389; en contra, sin embargo, ROXIN (“El dominio de organización”, pág. 7; el mismo, *Strafrecht*, t. II, págs. 55 y ss.) para quien será una problemática a estudiar en el seno de la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, creada por él.

⁵ Cfr. JOSHI JUBERT, “Sobre el concepto de organización”, pág. 664.

⁶ Cfr. *Diccionario*, tomo I, pág. 175.

⁷ Cfr. *Diccionario*, tomo II, pág. 1631: “Organizar. Tr. Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”.

algo”⁸ o, en fin, es el dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa. En síntesis: ¡un aparato criminal organizado de poder no se arma en dos días, como parece pretenderlo la sentencia examinada!

2. *La falta de precisión en torno a la exigencia de que aparato actúe al margen del Derecho.* Si se lee con detenimiento la pieza judicial en examen, se constata como uno de los requisitos que se predica del aparato criminal es aquel presupuesto objetivo en cuya virtud se debe producir «*la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder*», esto es, “**¡que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho**”» (cfr. folio 265, se subraya). Ello amerita una precisión:

Como en nuestro medio es común no estudiar el pensamiento de los autores de manera sistemática sino citarlos para adornar las providencias o atraer la atención de los incautos, no se tiene en cuenta que esa exigencia sólo se compadece con la formulación inicial de la Teoría de ROXIN y no con su actual concepción. Por eso, en su trabajo sobre “Autoría y dominio del hecho”⁹ afirmaba que para su construcción se requerían dos tipos de manifestaciones típicas: una, aquella en virtud de la cual “los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometan delitos” (casos Eichmann y Staschynski); y otra, que ello se refiera a “hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes”¹⁰.

Por eso, decía ese catedrático: “*De la estructura de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentre al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás*”¹¹. Es más, ejemplificaba: “Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las fuerzas armadas un

⁸ Cfr. *Diccionario*, tomo II, pág. 1791.

⁹ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 274-276.

¹⁰ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 275 y 276.

¹¹ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 274-275.

mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al establecer las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico” .

En otras palabras: con tal punto de partida sólo se puede hablar de autoría mediata en estos casos cuando se logre demostrar –y ello no ha sucedido– que las Fuerzas Armadas y policiales colombianas que intervinieron en la operación de retoma del Palacio y en los actos posteriores –léase las torturas, desapariciones, etc. de las que se habla– actuaron en su conjunto, “como un todo” al margen del ordenamiento jurídico.

No obstante, cosa curiosa –sin reparar en el contenido del trabajo que también se cita en la sentencia como apoyo doctrinario–, en épocas recientes el Profesor alemán señala algo completamente distinto:

«...el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido; pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de “impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín” o, por citar sólo el caso más terrible, la llamada “solución final de la cuestión judía”, entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho. Y esta desvinculación al Derecho no depende ya, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica. Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto. Por supuesto, entonces los asesinatos en masa del régimen nazi también habrían sido hechos desvinculados del Derecho si la Jefatura del Estado de entonces los hubiera ordenado no mediante órdenes secretas sino “legalmente”»¹².

De esta manera, el agregado aquél según el cual se requiere “**que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho**” ya no es posible en la concepción roxiniana¹³ y eso, justo

¹² Cfr. ROXIN, “El dominio de organización”, pág. 16.

¹³ Sobre ello, MEINI, *El dominio de la organización*, pág. 47.

es recordarlo, no lo precisa la providencia porque no se tienen claros los dos momentos del debate.

3. *La desvinculación al derecho debe reunir una exigencia adicional.* Es más, si se acude a concepciones más recientes –que complementan la roxiniana– se advierte que para poder predicar el apartamiento del Derecho, es necesario que él sea estructural, cosa que tampoco se demuestra en el proveído judicial. Así, por ejemplo, el Profesor AMBOS afirma en reciente trabajo que la desvinculación al derecho –que, dice, puede ser instantánea o gradual– “...debe ser de carácter estructural, es decir, violaciones aisladas de los derechos humanos que no forman parte de una política no son suficientes. En el caso de violencia masiva y sistemática estatal, no es necesario que todo el aparato estatal como tal funcione fuera de los límites del Derecho nacional o internacional, basta que una parte de las instituciones, por ejemplo, las fuerzas de seguridad, funcionen como un «Estado dentro del Estado» e implementen una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios”¹⁴.

En fin, nadie discute que en este caso hubo graves violaciones a los derechos humanos, pero ellas no tienen la connotación de estructurales como, para poder apuntalar en ellas, la figura que se predica.

4. *El poder de mando, la fungibilidad de los instrumentos y la elevada disponibilidad a la realización del hecho.* Tampoco la sentencia ahonda en estas tres exigencias. En efecto, en primer lugar, no demuestra que el imputado haya sido quien dio la orden (o las órdenes) de desaparecer a las once personas; esta, no se olvide, es una constatación de naturaleza objetiva que se debe hacer en cada caso en concreto y no se puede suplir con las meras valoraciones del Juzgador. Esto es todavía más evidente cuando la propia Sentencia reconoce que el imputado era un mero mando medio de las Fuerzas Militares.

En segundo lugar, tampoco se prueba la “fungibilidad” o la “intercambiabilidad” de los “instrumentos”, máxime que a estas alturas no se sabe cuántos fueron ni cómo actuaron; por eso, es imposible a partir de allí construir el añorado aparato criminal organizado. En otras palabras: sin la demostración de este requisito subjetivo, en cuya virtud se debe establecer la existencia de las piezas fungibles o “ruedecillas”,

¹⁴ AMBOS, en Ambos (Coord.), *La Autoría Mediata*, pág. 82.

atadas por un verdadero “engranaje mecánico”, es imposible apuntalar la construcción que se quiere defender.

Así mismo, en tercer lugar, igual crítica cabe en relación con la “elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”, elemento también de naturaleza subjetiva que requiere de una innegable base fáctica de carácter psicológico, a diferencia de los tres anteriores¹⁵.

En fin, todo se queda en el nivel de lo valorativo –sin que se pueda, por lo demás, observar una pulcra argumentación al respecto– y la supuesta existencia del aparato sirve como cómodo regazo que arropa dichos elementos. ¡Las pruebas que, nos enseñaron nuestros maestros, son las que apuntalan cualquier imputación jurídico-penal, brillan ahora por su ausencia y, en su lugar, los juicios de valor (no importan si se compadecen o no con la realidad probatoria) son los que absuelven o condenan a los ciudadanos!

5. *La ley penal vigente no prevé la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder.* Adicional a lo anterior, debe decirse que el texto del art. 29 del C. P. tampoco posibilita que dentro de la figura de la autoría mediata se incluya como “instrumento” a los aparatos organizados de poder. Es claro que el texto alude al que “*utilizando a otro como instrumento*” y, bien se sabe, ese “otro” sólo puede ser un ser humano y no un aparato criminal organizado de poder; ese, por lo menos, fue el sentido que se le dio al tenor de la ley cuando se elaboró el art. 29 del Proyecto de Código Penal de 1998.

Es más, acudir a esta construcción para juzgar hechos cometidos en 1985 –ya cobijados por la prescripción de la acción penal– no deja de ser un desatino de proporciones porque, con ello, se aplica un dispositivo no previsto en la ley penal vigente al momento en que los mismos se cometieron, para el caso el Código Penal de 1980. Proceder así es, pues, violentar el principio de legalidad de los delitos y de las penas; es, valga decirlo de nuevo, aplicar de forma retroactiva en desfavor del reo la ley penal.

6. *La confusión entre autoría mediata y coautoría.* Además, pese a que la providencia se esfuerza por hacer un distingo entre estos dos institutos la verdad es que la confusión entre ellos termina por dominar la escena; en efecto, como se recordará, en la Parte

¹⁵ Sobre ello, GARCÍA CAVERO, en Ambos (Coord.), *La Autoría Mediata*, pág. 208.

Resolutiva num. 2, se dice que se condena al imputado como “coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada”. En otras palabras, como si no se tratara de dos construcciones completamente distintas, ahora se refunden y surge la mal llamada “coautoría mediata” cuyos alcances y requisitos nadie conoce y el proveído judicial no se atreve a desarrollar.

7. *Las tesis del Profesor Roxin también ofrecen reparos.* Además, al hacer gala de una postura excluyente –algo inadmisibles cuando se hace academia sería o se administra justicia de forma imparcial– la sentencia da por supuesto que la construcción en mención –que, ya se demostró, aplica en forma errónea– es la única correcta, cuando es evidente que la misma ha sido sometida a diversas *críticas* y se han propuesto otras soluciones, por académicos de este y del otro lado del océano¹⁶.

En efecto, se le cuestiona porque desconoce la arquitectura tradicional de la autoría mediata¹⁷ con la que no se puede comparar, porque en ella ni el que da la orden ni el ejecutor tienen el dominio del hecho, de donde se infiere que el dominio del suceso sólo lo tiene el hombre de atrás. Es más, se dice que el verdadero autor mediato no es el sujeto responsable sino el aparato organizado de poder, porque es por medio de él como se realizan las conductas punibles¹⁸, no empuja lo cual para esa construcción ocurre todo lo contrario: el “instrumento” es el aparato.

Incluso, asevera BOLEA BARDÓN, el punto más débil de la concepción se deriva de la doble calificación que se le otorga a la conducta del ejecutor material de quien, “por una parte, se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y responsable; y, por otra, en lo que afecta al hombre de atrás, acaba negándosele dicha capacidad”¹⁹. Es más, se critica el carácter fungible del ejecutor lo cual le quita la

¹⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 313 y ss.; los trabajos de Jakobs, Herzberg y García Caveró, en AMBOS (Coord.), *Autoría Mediata*, págs. 101 y ss., 125 y ss., BOLEA BARDÓN, *autoría mediata*, págs. 358 y ss.; MEINI, *El dominio de la organización*, págs. 17 y ss., 69 y ss.

¹⁷ AMBOS (cfr. *Dominio del hecho*, pág. 31, apoyado en BLOY), propone —sobre las bases echadas por Roxin— distinguir entre injusto individual e injusto colectivo, para dar cabida a “una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de un injusto individual*”.

¹⁸ Con toda razón, pues, se pronuncia en este sentido HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, págs. 42-43.

¹⁹ Así, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pág. 350; también, págs. 367-369.

calidad de verdadero “instrumento”, para tornarse en una figura que opera a partir del mero aleas, pues en cualquiera puede recaer la misión de ejecutar la orden cosa que no sucede en la autoría mediata tradicional; por ello, se aduce, la fungibilidad del ejecutor no es un elemento típico tan importante como para que, a partir de él, se pueda definir una forma de autoría mediata²⁰. Esta crítica ha sido tan demoledora que el propio ROXIN se ha visto obligado al aceptarla cuando, hoy, afirma que “es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio”²¹.

También, se afirma que el ejecutor no actúa de manera automática y que, en realidad, se deja corromper por la orden ilícita lo que –de forma paradójica– lo torna en un verdadero autor responsable²². En armonía con lo anterior, se califica esta elaboración académica de “complicada construcción” que se puede prestar para “soluciones políticas no deseadas”²³; o, de forma más sencilla, se le desecha por creer que la forma de enfrentar esta problemática puede ser otra²⁴, cuando no se le estima innecesaria²⁵.

Además, hay quienes opinan que no está demostrada la conformación piramidal de las organizaciones criminales con base en una estricta relación de jerarquía²⁶, por lo que la afirmación de los defensores de la concepción de la autoría mediata termina en un verdadero limbo criminológico al partir de un supuesto no demostrado. Incluso, como reconoce un decidido partidario de esta tesis²⁷, no es fácil aplicar esta construcción a los casos de la vida real sobre todo en países cuyo derecho positivo no brinda las herramientas para acomodarla, máxime si hoy –a diferencia de la formulación inicial– se le concibe como autoría mediata por dominio de la organización.

De igual forma, se pretende que tal concepción no es sostenible por ambivalente y por caer un verdadero sofisma²⁸: supone que existe una construcción uniforme para los aparatos criminales organizados de

²⁰ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 314.

²¹ Véase, “El dominio de la organización”, pág. 19.

²² Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 315.

²³ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 780.

²⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 763 y 784.

²⁵ Cfr. STEIN, *Die strafrechtliche*, pág. 203.

²⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 315.

²⁷ Cfr. RAFECAS, “Autoría”, pág. 10.

²⁸ Véase, al respecto, lo que señalan SCHILD *et al*, *Nomos Kommentar*, t. I, pág. 1062.

poder y ello no es cierto; hace un esfuerzo gigantesco para elaborar una alzada teórica que responda a esa inexistente estructura, pero cuando ella se confronta con la realidad, el edificio hace agua y se derrumba. En fin, una elaboración que no cumple ninguna finalidad en la vida real –distinta, por supuesto, a la de eludir vacíos probatorios y potenciar la transgresión de los principios del acto y de culpabilidad– porque, desde el punto de vista punitivo, al “autor mediato” se le trata como si fuese un verdadero autor.

A este último respecto, bien vale la pena recordar la forma como tribunales foráneos –piénsese en el Perú– y nacionales –exáminense, por ejemplo, las recientes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia que aquí se analiza–, aplican estas construcciones la cual deja mucho que desear: se condena sin los suficientes rudimentos probatorios para proceder; se fuerza el derecho positivo para implantar institutos no previstos y ellos se utilizan, de manera retroactiva, para juzgar hechos cometidos con anterioridad; incluso, se acude a formas de responsabilidad objetiva²⁹.

En fin, no es del todo claro –como a veces se pretende y parece derivarse del proveído en comento– que la única explicación posible sea la diseñada por el gran catedrático alemán, como si con él hubiese terminado la discusión.

D. Conclusiones. Llegados a esta altura de la exposición cabe formular las siguientes reflexiones para el debate:

Primera. Es muy importante para el país que –después de veinticinco años del holocausto– se trate de establecer la verdad y se busque hacer justicia; sin embargo, ello no se puede hacer a cualquier precio. A nuestros mártires no se les honra cometiendo desafueros ni pisoteando el ideario demoliberal por el que ellos, recuérdense las últimas palabras del Magistrado Reyes Echandía, ofrendaron sus vidas.

²⁹ Muy crítico, al proponer el reemplazo de la figura por una construcción que llama del “autor detrás del autor” con base su “teoría de los grados del dominio del hecho”, SCHÜNEMANN: “Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho”, pág. 252, para quien la tesis de ROXIN es “una excepción al principio de responsabilidad” (pág. 251) y “su sistema presenta quebrantamientos de contenido y está regido más por un sentimiento jurídico cambiante que por su consecuencia sistemática” (pág. 255).

Segunda. La forma como el aparato penal ha actuado en este caso, es cuestionable porque –al mostrar su carácter selectivo y parcial– sólo ha puesto su mira en algunas personas, con el consiguiente olvido de otros actores que –atendidas las mismas consideraciones que hoy se hacen– también deberían responder ante el país y el mundo por sus actos.

Tercera. Una administración de justicia que deja prescribir la acción penal y –luego de desconocer la ley y Constitución– edifica procesos como los que hoy se adelantan, carece de verdadera legitimidad democrática y se torna dañina para la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

Cuarta. Así mismo, no se ve como a partir de las construcciones doctrinarias que se dicen profesar sea viable afirmar que en los crímenes cometidos dentro y fuera del Palacio de Justicia, por lo menos en lo que toca con las fuerzas del orden –¡otra cosa, por supuesto, cabe decir del grupo terrorista que propició la toma!–, se avizora el aparato criminal organizado de poder de que habla la sentencia.

Quinta. En consecuencia, tampoco es posible darle el tratamiento de autor mediato a la persona que ha sido condenada por las desapariciones forzadas porque no se dan los presupuestos para ello; y, mucho menos, la de “coautor mediato” pues en este caso se trata de una categoría improvisada que no tiene ningún fundamento dogmático serio.

Sexta. Mirada en su conjunto, la sentencia estudiada adolece de graves defectos en materia de motivación por defecto y/o por insuficiencia; además, de cara a las exigencias de la normativa procesal por la que se rige la actuación, no aparece clara y expedita la responsabilidad del procesado en relación con la conducta o conductas que se le endilgan, como para edificar en su contra una condena por una autoría mediata a través de un aparato organizado de poder.

Séptima. El artículo 29 de la legislación penal vigente no permite la extensión de la figura de la autoría mediata a los aparatos organizados de poder; tampoco, adviértase, era viable a la luz del art. 23 del C. P. de 1980. Hacerlo es plantear, una vez más, el desconocimiento del principio de legalidad y arrasarse con el programa penal de la Constitución; en fin, es dar cabida a un Derecho penal expansionista que no respeta principios ni fronteras.

Octava. Decisiones como las que aquí son objeto de examen reclaman la presencia de una academia con capacidad de ejercer su actividad fiscalizadora y cuestionadora, con independencia y transparencia; es más, hoy más que nunca –así se trate de juzgar episodios tan dolorosos y sangrientos como los hoy recordados– se hace necesario que los estudiosos, animados de una profunda vocación crítica, reivindiquen los postulados del Estado de derecho, los únicos capaces de velar por una Administración de Justicia democrática e imparcial que se convierta en sólido pilar del cambio y de la nueva organización social que se reclama.

E. Bibliografía

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER/FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “La Justicia en llamas”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 29, Bogotá, Temis, 1985.

ALEXY, Robert: “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, traducción de Oliver Lalana, en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 23, 2000, págs. 197 y ss., en http://www.cervantesvirtual.com/servelet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf

AMBOS, KAI: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

_: *La Parte general del Derecho penal internacional*, trad. de Ezequiel Malarino, Uruguay, Mastergraf, 2005.

_: “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Dpcon* N° 19, Bogotá, Legis, 2007, págs. 5 y ss.

_: “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kristische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, N° 5, Mayo de 1998, Heidelberg, R. v. Decker, 1998, págs. 226 y ss.

AMBOS, KAI (Coord.): *La Autoría mediata: el Caso Fujimori*, Lima, Ara Editores, 2010.

BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *Autoría y Participación en el Derecho penal*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.

Diccionario de la Lengua Española, 2 tomos, Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

GIL GIL, ALICIA: "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXI, Enero 2008, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 53-87.

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Täterschaft und Teilnahme*, München, C. H. Beck, 1977.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, primera edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

JOSHI JUBERT, UJALA: "Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, Fasc. II, mayo-agosto de 1995, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, págs. 657 y ss.

LASCANO, CARLOS JULIO: "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, págs. 349 y ss.

MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2008.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, págs. 502 y ss.

RAFECAS, DANIEL: "Autoría mediante aparatos organizados de poder", en http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4

ROXIN, CLAUS: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2006; el mismo: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

_: "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado *Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología* de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, en <http://www.iustel.com/v2/revistas/>; también, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7, Santiago de Chile, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, 2006, págs. 11 y ss.

_: “Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru”, en ZIS N° 11, año 4, 2009, págs. 565 y ss., publicación electrónica: <http://www.zis-online.com>

_: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, München, C. H. Beck, 2003.

SCHÜNEMANN, BERND: “Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del «dominio sobre el fundamento del resultado» como principio general de la autoría”, en Moreno Hernández/Struensee/Cerezo Mir/Schöne, *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo de su 100 aniversario*, México, CEPOLCRIM, 2005, págs. 231 y ss.

STEIN, ULRICH: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1988.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

Normas A.P.A.

Barrera Rodríguez, L., (2010), Bibliografía, Fernando Velásquez V.: Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Colección Estudios de Derecho Penal 1, 2010, 197 páginas. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Bibliografia-Lizbeth-barrera-DP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 197.

Normas Icontec

BARRERA RODRÍGUEZ, Lizbeth. Bibliografía, Fernando Velásquez V.: Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Colección Estudios de Derecho Penal 1, 2010, 197 páginas. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Bibliografia-Lizbeth-barrera-DP4.pdf

IV. Sección de Bibliografía

FERNANDO VELÁSQUEZ V. (Compilador): *Sistema Penal Acusatorio Nuevos Retos*, Bogotá, Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2010. 197 páginas.

Esta publicación recoge las ponencias presentadas por los profesores invitados al Cuarto Congreso de estudiantes de Derecho penal, realizado el mes de octubre de 2009 por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda y su Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, dedicado esta vez a la “Evaluación y retos del Sistema Procesal Penal Acusatorio: Un debate sobre sus debilidades y perspectivas”. Temática, por cierto, muy acertada teniendo en cuenta que se cumplieron los cinco años de entrada en vigencia en Colombia de un sistema penal con tendencia acusatoria y enmarcada –a su vez– por la conmemoración de los veinticinco años de fundación de la Universidad Sergio arboleda y de su Escuela de Derecho.

La nómina de colaboradores está encabezada por el Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ V. -al mismo tiempo editor y prologuista del texto- quien abre la publicación con su aporte intitulado “La Justicia negociada: un ejemplo de peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, en el cual hace una reflexión sobre la justicia negociada, sin dejar de lado las Justicias restaurativa y retributiva; además, se ocupa con propiedad de los principios de legalidad y oportunidad, a partir de lo cual examina la privatización del proceso penal lo cual supone –como lo afirma– todo un círculo vicioso en cuya virtud, desde el punto de vista histórico, el legislador pretende resolver el conflicto propio de la jurisdicción penal no mediante la aplicación de la ley sino a través del acuerdo o el consenso de las partes, como lo demuestran las referencias que hace al derecho comparado. Culmina con el estudio del caso colombiano para mostrar cómo –con algunos precedentes– la justicia negociada ingresó al ordenamiento con la ley 906 de 2004, que introduce figuras como el principio de oportunidad, la suspensión del procedimiento

a prueba, los preacuerdos y negociaciones; esto le permite concluir que estas figuras privatizan la Justicia penal y suprimen el juicio, por lo cual la verdad procesal queda en entredicho.

Luego, el Profesor LUIS E. CHIESA APONTE, diserta sobre una muy importante problemática: "Justicia y Fairness en el Proceso Penal", a cuyo efecto ilustra su exposición con la diferencia entre Justicia y Fairness para lo cual se vale de una famosa anécdota que involucra al célebre Profesor americano Morgenbesser; además, analiza diversos casos debatidos por la jurisprudencia norteamericana, de la mano de las tesis del Profesor y pensador John Rawls quien entiende la "Justicia como equidad", para concluir que la Fairness se fundamenta en normas de carácter procesal y no sustantivo. Es más, recalca en torno a la necesidad de que se haga una traducción adecuada del término "Fairness" y propende porque todos los conflictos que se presenten al respecto en cada jurisdicción se resuelvan en forma debida.

A continuación, el Profesor JOHN A.E. VERVAELE se ocupa de las "Bases para la Armonización Internacional del Proceso Penal Acusatorio", para lo cual comienza por aclarar que no existe propiamente un sistema acusatorio o un sistema inquisitivo, pues cualquier patrón procesal esta en la obligación de buscar elementos probatorios inculpatorios o disculpatorios. Así mismo, señala que el poder punitivo es potestad del Estado y frente a cualquier reforma de carácter penal se necesita un estado fuerte, entendida esta última expresión en el sentido de las garantías. Recalca la necesidad de que la reforma judicial esté acompañada de una buena capacitación de los funcionarios, en especial los intervinientes en el proceso penal, a quienes -además- se les debe dotar de herramientas modernas y adecuadas para tal fin. Incluso, muestra cómo se hace necesario unificar los conceptos y los procedimientos máxime si se tiene en cuenta la actual globalización del Derecho Penal y de los tribunales internacionales.

A "Los Límites de la Actuación de la Policía en la Investigación del Crimen", dedica el Profesor JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO la reflexión que aparece en seguida, en la cual se destaca no sólo la importancia de la policía judicial como tal sino la de ponerle límites a su actuación para que ella discurra dentro del marco jurídico propio de la investigación en un sistema penal acusatorio, como lo demuestra la práctica. De igual forma, señala que el marco jurídico actual de la investigación penal está sometido a barreras derivadas de los tratados internacionales, el propio Código Procesal Penal y de límites a la actuación policial que se concretan en principios tales como el derecho a la defensa, el derecho a la intimidad, la dignidad humana, etc. Concluye su trabajo con la afirmación de que la Policía

judicial es pieza clave en cualquier sistema procesal de tendencia adversarial, que por supuesto comparto.

El Profesor JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, a su turno, se ocupa de “La Prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (caso español)”. En esta importante contribución, el catedrático hispano explica la evolución de la teoría de la prueba prohibida en su país y enseña como se debe desechar la prueba que vulnera libertades y derechos fundamentales con los manidos argumentos de eficacia y seguridad. Indica que a partir del año 1984 el Tribunal Constitucional Español dictó la primera sentencia sobre prueba prohibida que, paradójicamente, se produjo en materia de derecho laboral; con posterioridad, desde 1985, señala como la doctrina acoge la tesis norteamericana de los frutos del árbol envenenado pero con algunas excepciones derivadas de construcciones como la del descubrimiento inevitable y la del hallazgo casual. Luego, hace una excelente exposición sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en esta materia y, para terminar, insiste en la importancia del debido proceso para el Sistema Penal. Se trata, pues, de una magnífica exposición sobre tan difícil materia.

Por su parte, el Profesor ALVARO VARGAS destina su colaboración a un tema capital: “El transfondo jurídico-político del deber de motivar que pesa sobre el Juez en el Sistema Acusatorio” que él aborda en su doble calidad de abogado y experto en filosofía. Por eso, pone de presente la evolución histórica de la motivación y la íntima relación de ella con el poder político que se ostenta: por ejemplo, en la época del absolutismo no se concibe la motivación porque el soberano, que es Dios, no está obligado a fundamentar sus decisiones; en un Estado Democrático, el juez cumple el papel fundamental de motivar a través de una justificación de su decisión razonada; al final incluye una cita de Alejandro Nieto que, muy bien, refleja el enfoque asumido: *“para resolver un conflicto no son imprescindibles las leyes ni los conocimientos jurídicos y para comprobarlo basta pensar en la aparición de jueces letrados es un fenómeno histórico muy tardío. Para decidir bien, basta con ser imparcial y prudente”*.

“A Propósito de la Participación de la Víctima en el Proceso Penal”, es el tema que aborda el Profesor OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, quien empieza por aclarar que la problemática de las víctimas es muy compleja para el proceso penal, máxime si se tiene en cuenta que hasta hace poco la estrella del proceso penal era el acusado y solo los criminólogos trataban el asunto. Así mismo, señala que el sistema actual no le garantiza a las partes todas sus garantías de donde surge la necesidad de proteger a las víctimas; ello le

posibilita aseverar que, históricamente, se ha demostrado que los fines de la pena no satisfacen a la víctima para lo cual se incorpora el discurso de los derechos humanos. A continuación, se ocupa de la evolución jurisprudencial en Colombia lo cual le permite mostrar como la víctima, inicialmente, era tenida como parte civil dentro de la actuación, con la posibilidad de buscar solo una reparación económica; luego, al incorporar al debate la problemática de los derechos humanos y el bloque de Constitucionalidad, la Corte Constitucional precisa que también los derechos a la justicia y a la verdad han de ser tenidos en cuenta, con lo cual la víctima adquiere un protagonismo que antes no tenía, a la par de lo cual ingresan al debate las formas atípicas de terminación del proceso penal que se toman del proceso civil (por ejemplo, el consenso).

Para culminar, el Profesor RENZO ORLANDI examina “El respeto a la presunción de inocencia en la lucha contra la criminalidad organizada”. Este apotegma, como se sabe, es un principio inspirador de proceso penal y el autor habla de su evolución histórica y su inclusión en la declaración de los Derechos Humanos, en el pacto Internacional de los Derechos Civiles, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las Constituciones de EE. UU., Española y, por supuesto, en la colombiana. Se trata, pues, de un principio reglado e inalienable que no se puede enajenar así se trate de perseguir a la criminalidad organizada; no se puede, pues, dice el catedrático italiano, sobrepasar los límites cuando se tratare de los ocasionales “enemigos”, porque lejos de prevenir lo que hace es aumentar esté tipo de ataques con la consiguiente incomodidad para los ciudadanos de bien.

Los estudiosos tienen, pues, en sus manos unas muy importantes reflexiones para seguir adelante con el debate suscitado por la puesta en vigencia de un sistema de tendencia acusatoria en Colombia. Los invito, pues, a leer esta obra –por cierto, muy bien editada por el Fondo de publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda que, con ella, comienza la colección de Derecho Penal a cargo del Departamento– ya que es una herramienta útil no solo para los operadores de justicia sino para los académicos y estudiosos del Derecho Penal.

LIZBETH BARRERA RODRÍGUEZ.
Abogada, Especialista en Derecho Penal
y candidata a Maestra.
6 de noviembre 2010.

Normas A.P.A.

López Díaz, C., (2010), Bibliografía, AA. VV.: Daño y Reparación Judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Ed. Alvi Impresores Ltda. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Bibliografia-Claudia-LopezDP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. xxx.

Normas Icontec

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Bibliografía AA. VV.: Daño y Reparación Judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Ed. Alvi Impresores Ltda. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Bibliografia-Claudia-LopezDP4.pdf

AA. VV.: *Daño y reparación judicial en el ámbito de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Ed. Alvi Impresores Ltda., 2010, 434 páginas.

El proceso ordinario especial de Justicia y Paz reglamentado mediante la Ley 975 de 25 de julio de 2005, enmarcado dentro del concepto de justicia transicional, hace parte de la política criminal a través de la cual se busca que, individual o colectivamente, los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley –GAOML–, abandonen las armas, se reincorporen a la vida civil, contribuyan de forma positiva al restablecimiento de la paz y que, tanto las víctimas como la sociedad que han padecido su lenguaje de violencia y barbarie, obtengan una reparación integral, de tal manera que conozcan a plenitud la verdad y logren pronta y cumplida justicia.

Verdad, Justicia y Reparación son, pues, los derechos que garantiza la llamada Ley de Justicia y Paz tanto para las víctimas consideradas en forma individual como para la sociedad colombiana en general. En efecto, en primer lugar, el *derecho a la verdad* se garantiza en el proceso penal cuando se logra establecer lo que sucedió: de un lado, el origen, las causas de las actuaciones de los GAOML, sus autores y partícipes, las estructuras de esos aparatos organizados para el crimen, las formas de actuar y los motivos que determinaron la comisión de los delitos que se les imputa; y, del otro, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos que afectan a las víctimas y que les han generado un daño material o inmaterial.

El *derecho a la justicia*, en segundo lugar, se concreta en el deber que tiene el Estado de adelantar los procesos judiciales correspondientes para identificar a los responsables e imponerles penas ordinarias, que se suspenden para dar paso al beneficio de la pena alternativa con la obligación de reparar a las víctimas definidas –con claridad– en el artículo 5 de la citada normativa.

A su turno, en tercer lugar, el *derecho a la reparación* permite que la víctima individual o colectiva sea reparada de manera integral por

los daños causados; lo que, recuérdese, en procesos de transición se puede obtener por vía administrativa o judicial. La experiencia enseña que en el marco de los procesos de justicia transicional los programas de reparación administrativa, se convierten en el mecanismo más eficaz, eficiente y oportuno para alcanzar los fines de reparación de las víctimas y la reconciliación nacional, pues a pesar de que no se funda en el principio de la reparación integral, establecen menores exigencias probatorias y procedimientos expeditos.

De estos tres derechos, corresponde a este libro el análisis detallado de sólo uno de ellos: la *“reparación judicial del daño”*, lo que implica detenerse –en el contexto del proceso de Justicia y Paz– en el examen de asuntos como: el daño individual, que no tiene connotaciones esencialmente distintas de las del daño resarcible en general; los daños colectivos, que afectan grupos sociales o colectividades, que se perciben como un elemento novedoso en materia de reparación, pues el tipo de derechos, intereses o bienes tutelados, exige consideraciones distintas de las propias del daño individual, con miras a lograr las reparaciones que de ordinario se le confían a la justicia penal. A ello se debe añadir el daño resarcible, su definición y alcance, la diferencia entre los conceptos daño y perjuicio, los elementos estructurales del daño, las clases y tipos de daño, la reparación y la oportunidad procesal en que el daño debe alegarse, probarse y reconocerse en favor de las víctimas.

Además, el texto trata sobre los temas comunes relacionados con las vertientes del daño material, esto es, el daño emergente y el lucro cesante, y de los perjuicios inmateriales algunas de cuyas especies han sido reconocidas por la jurisprudencia nacional. En el análisis de este tópico, por supuesto, se ahonda en lo relativo al daño de vida de relación; y al daño consistente en la pérdida de oportunidad que se puede causar a las víctimas, temas que representan verdaderos avances en materia de daño resarcible.

El hilo conductor de todo este estudio está fundamentado en la cadena: víctima–daño–reparación, puesto que dentro de la misma resulta necesario acreditar la existencia de una víctima individual o colectiva a quien se le ocasiona un daño antijurídico, como consecuencia de la actividad de los miembros de un GAOML, para que el mismo le sea reparado.

Con estas precisiones, debo decir que el libro que hoy se pone a disposición de los estudiosos está compuesto por cinco capítulos, que tratan sobre: Las víctimas, el daño, el incidente de reparación,

el régimen probatorio y la reparación del daño analizado desde la perspectiva de la Ley de Justicia y Paz y desde el ámbito del derecho internacional. Cada acápite cierra con unas conclusiones que resumen los principales temas tratados.

El *primer capítulo* contesta a la pregunta: ¿a quién se debe reparar? La respuesta lógica es: a aquellas personas naturales a quienes se les ocasiona, individual o colectivamente, un daño, esto es, a las víctimas. Por esta razón, aquí se señalan las diversas clases de víctimas; la forma como deben acreditarse dentro del proceso; las pruebas que deben aportar para obtener la reparación solicitada; y, sus derechos sustanciales establecidos en el artículo 8° de la ley de Justicia y Paz, vale decir, los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y, por supuesto, las garantías de no repetición de las conductas.

Así mismo, se examinan institutos como la *restitución* entendida como la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito; la *indemnización* que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito; la *rehabilitación*, que tiene que ver con la realización de las acciones tendentes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. Además, la *satisfacción o compensación moral*, en cuya virtud se deben realizar acciones para restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido; también, las *garantías de no repetición*, rubro dentro del cual se comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley. Por lo demás, la ley prevé la *reparación simbólica*, esto es, toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general, que tiende a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

El *segundo capítulo*, se destina a las nociones fundamentales de lo que, dentro de la doctrina y jurisprudencia nacionales e internacionales, se entiende por daño indemnizable; su definición y caracteres (antijurídico, cierto y directo). Por supuesto, en tratándose del daño causado por la actuación de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley o de sus integrantes, puede decirse que existen dos clases de perjuicio: individual y colectivo; el primero, de un lado, se subdivide en material (daño emergente y lucro cesante) e inmaterial (daño moral y daño en la vida de relación). De otro lado, en cuanto al segundo o daño colectivo se refiere, entendido como

la afectación a un derecho, un bien jurídico o un interés colectivo, el texto también establece las diferencias del mismo con el daño individual y con el plural.

Los *capítulos tercero y cuarto*, a su vez, se refieren a los aspectos procesales y al régimen probatorio. En ellos se explica el procedimiento establecido por la denominada Ley de Justicia y Paz para efectos del incidente de reparación y la forma como debe probarse: el hecho generador del daño; el daño efectivamente causado; y, desde luego, la relación de causalidad entre éste y aquel.

Por último, el *quinto capítulo* trata sobre la “reparación del daño”, a cuyo efecto la exposición se inicia con los fundamentos y los componentes de la reparación integral; se establecen, también, los sujetos responsables de la reparación en el proceso de Justicia y Paz, los bienes y fuentes que integran el Fondo de Reparación de Víctimas; el procedimiento para tasar el perjuicio mediante las fórmulas para el cálculo de los daños patrimoniales presentes y futuros; y los daños materiales e inmateriales.

Estoy convencida de que con el estudio juicioso de los temas aquí tratados el operador jurídico de justicia y paz y, en especial, los Magistrados de control de garantías y de conocimiento, podrán aplicar al caso concreto las medidas de reparación que resulten ser las más adecuadas para restablecer los derechos de las víctimas, vulnerados como consecuencia del actuar delictivo de los miembros de los GAOML.

En fin, para concluir, debo señalar que este texto así como los anteriores que se han publicado en esta serie se deben al trabajo, dedicación y compromiso asumidos por los integrantes de la línea jurídica del Proyecto Pro-Fis: Juan Pablo Cardona, Jorge Errandonea, Diego González y Alejandro Guerrero, quienes bajo la dirección del señor Andreas Forer, Coordinador General del Proyecto, han logrado visualizar a futuro los problemas que pueden presentarse como consecuencia de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, para elaborar herramientas como ésta que –de seguro– se podrá utilizar para tasar los daños e indemnizar a las víctimas de la violencia generalizada padecida por Colombia durante muchas décadas.

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ.
Doctora en Derecho, Investigadora de la
Universidad Sergio Arboleda y Asesora Jurídica Proyecto
de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia –ProFis–.
Octubre de 2010.