El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Revoca parcialmente y Condena

Radicación Nro. : 66088 31 89 001 2008 00087 01

Procesado: NICOLÁS RODRÍGUEZ BAUTISTA Y OTROS

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: RECLUTAMIENTO ILÍCITO / DELITOS DE LESA HUMANIDAD / PRECEDENTE SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL / INFORMES DE INTELIGENCIA SON CRITERIOS ORIENTADORES / INSUFICIENTE PARA CONDENAR / CONTROL DE PERSONAS BAJO MANDO EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER / TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA ES PRUEBA PARA CONDENA DEL COMANDANTE.** Con base en lo expuesto anteriormente, se debe entender que de los diversos precedentes citados, se deduce que es posible la aplicación retroactiva de las normas del Derecho Internacional Humanitario, frente a ciertos temas, como la prescripción de la acción penal, que en este caso y por tratarse de un delito de reclutamiento ilícito que se considera como “crimen de guerra”, sería imprescriptible de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 1719 de 2014, ya que se entiende que esta modificación del C.P. buscó adecuar la normatividad interna a lo regulado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue aprobado por la Ley 742 del 5 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial el 7 de julio de 2002, (es decir mientas la joven JA continuaba sometida a reclutamiento ilícito), o que en su defecto se deba aplicar el precedente CSJ SP del 13 de mayo de 2010, con radicado 33.118, donde se dijo lo siguiente: “(...) En este momento es valioso hacer una precisión: Si se trata de conductas cometidas en vigencia de la ley 599 de 2000, es claro que el término prescriptivo se puede extender hasta los 30 años, pero si las mismas se cometieron en vigencia del Código Penal de 1980, dicho término sólo puede extenderse hasta 20 años, en atención al principio de favorabilidad en la aplicación de la ley, cuando hay sucesión y tránsito de leyes...”.

En consecuencia cabe preguntarse ¿cuál es el valor probatorio de esos documentos, que corresponden a informes de inteligencia, teniendo en cuenta la sistemática probatoria de la Ley 600 de 2.000?

(…)

Como se observa, el órgano de cierre en materia penal estableció una especie de “tarifa legal negativa”, frente a ese tipo de actos de investigación que fueron los que se allegaron al presente proceso que por ende solo tendrían el carácter de “criterios orientadores de la investigación”, que resultan ser insuficientes para deducir la responsabilidad de los procesados como dirigentes del comando central del ELN, a efectos de atribuirles responsabilidad por el reclutamiento de la menor JA, bajo el concepto de “coautoría por cadena organizada de mando”, ya que la FGN no llevó al juicio a ninguna de las personas que participaron en esas indagaciones, lo que era necesario para ratificar la información contenida en esos atestados policiales.

(…)

En ese sentido se entiende que la única fuente de incriminación para establecer la responsabilidad de los procesados bajo el rubro de “coautoría por cadena organizada de mando”, vendría a ser el testimonio de la menor JA según lo consignado en la entrevista que rindió el 26 de octubre de 2010, donde expuso que uno de los dirigentes del ELN que conoció durante su permanencia en las filas de esa organización era “Carlitos N.”, sobre quien dijo: “...era el comandante político del Eje cafetero, por encima de él estaba era alias “Gabino” (Nicolás Rodríguez Bautista) y que a. “El Flaco”, quien se encargó de su reclutamiento también hacía parte de esa organización, con base en el cual se puede concluir que le asiste responsabilidad al señor Rodríguez Bautista, identificado como mando del ELN, por la vinculación de esa menor a las filas de la organización insurgente, ya que se entiende que tanto a. “Carlitos” como a. “El Flaco” atendían las directrices de “Gabino” para el desarrollo de la actividad revolucionaria de ese grupo armado, con base en esa prueba testimonial. Por lo tanto se revocará la sentencia absolutoria únicamente en lo relativo a deducir la responsabilidad del acusado Rodríguez Bautista por la conducta investigada.

7.11 Sin embargo, en virtud de la precariedad de la prueba recaudada por la FGN en la etapa instructiva por la FGN, se considera que dentro del sistemática probatoria de la ley 600 de 2.000, la única evidencia de incriminación contra los demás procesados serían los prementados informes de inteligencia, que no poseen fuerza suasoria para dictar una sentencia de condena como se explicó en el apartado 7.10 de esa decisión, por lo cual la Sala confirmará la sentencia absolutoria.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 0246

Hora: 3:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66088 31 89 001 2008 00087 01 |
| Procesado  | Nicolás Rodríguez Bautista y otros |
| Delitos | Reclutamiento ilícito  |
| Juzgado de conocimiento  | Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría  |
| Asunto  | Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 19 de octubre de 2015. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el delegado de la FGN contar la sentencia del 19 de octubre de 2015, del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, donde se absolvió a Nicolás Rodríguez Bautista, alias “Gabino”; Pedro Elías Cañas Serrano a. "Óscar Santos"; Rafael Sierra Granados a “Ramiro Vargas”; Israel Ramírez a “Pablo Beltrán” y Eliécer Erlington Chamorro Acosta a. “Antonio García”, por la conducta punible de “reclutamiento ilegal”.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos materia de investigación fueron puestos en conocimiento de las autoridades por parte de JA, luego de haberse presentado ante el Batallón San Mateo de esta ciudad el 23 de noviembre de 2004, con el fin de desmovilizarse de las filas del Ejército de Liberación Nacional ELN – Frente Cacique Calarcá, asegurando que había sido incorporada a esa organización insurgente cuando aún era menor de edad, en la que permaneció durante tres años aproximadamente, siendo entrenada, y donde además fue dotada de un fusil AK-47, cuyas funciones eran las de prestar guardia, colaborar con quehaceres domésticos, cuidar a los secuestrados y participar en las tomas guerrilleras.

2.2 Mediante providencia del 24 de abril de 2013 (folio 344 a 368), la cual cobró ejecutoria el 10 de mayo de 2013 (folio 373), la FGN formuló acusación contra las persona antes mencionadas por la conducta de “reclutamiento ilícito”

2.3 El Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría tramitó la etapa de juzgamiento. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 15 de noviembre de 2013 (folio 395). La audiencia pública se celebró el 7 de noviembre de 2014 (folio 410 a 412). La sentencia absolutoria fue proferida el 19 de octubre de 2015, la cual fue recurrida por el delegado de la FGN.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

3.1 Se trata de las siguientes personas:

1. Nicolás Rodríguez Bautista a. "Gabino", Identificado con la cédula de ciudadanía 91.514.242 de Bucaramanga.

2. Pedro Elías Cañas Serrano alias "Oscar Santos" y/o "Lucas el Mono" Identificado con la cédula de ciudadanía 13.822.945.

3. Rafael Sierra Granados alias "Ramiro Vargas" Identificado con la cédula de ciudadanía 12.525.432.

4. Israel Ramírez Pineda alias "Pablo Beltrán" Identificado con la Cédula de Ciudadanía 13.828.305 de Bucaramanga.

5. Eliécer Herlinto Chamorro Acosta alias "Antonio García" Identificado con la cédula de ciudadanía 18.122.400 de Mocoa Putumayo.

3.2 En el fallo de primer grado se dijo lo siguiente: “es anotar que no reposa en el cuaderno prueba certera alguna de otros datos personales que permitan lograr la identificación e individualización completa de los acusados. Los datos que los individualizan son recogidos de manera general, con labores de inteligencia, sin comprobación” (folio 414).

4. SOBRE EL FALLO RECURRIDO

La sentencia de primera instancias se basó esencialmente en las siguientes consideraciones:

* La víctima JA, quien era menor de edad para la fecha de los hechos, manifestó que cuando iba a cumplir 12 años y residía en la vereda “Mampay”, fue vinculada al grupo subversivo E.L.N., por el comandante conocido como “El Flaco Andrés” a “Pocillo” (ya fallecido), en lo cual tuvo injerencia el estado de pobreza extrema de su familia. Igualmente hizo referencia a las circunstancias en que ingresó a ese grupo insurgente y las labores que le correspondía realizar dentro del mismo, con lo cual se comprobó la existencia de la conducta delictiva de “reclutamiento ilícito” que sanciona el artículo 162 del C.P.
* En su ingreso al grupo subversivo también tuvieron influencia otras personas a quienes se refirió como “El Colacho”, la mujer de “El Flaco”, llamada “Marisol” y “Julieta”.
* En el grupo guerrillero pasó a llamarse “Fernanda”. Luego fue trasladada a un campamento para que recibiera entrenamiento militar. En ese sitio los comandantes eran a “Duván” y a. “Roberto”. El frente “Cacique Calarcá” era dirigido por a. “Arturo”; a. "Daniel" y a “Javier".
* En el fallo se hizo referencia a los sitios donde estuvo la víctima luego de ser incorporada a esa organización y las labores que realizaba que incluyeron la custodia de personas secuestradas; un enfrentamiento que sostuvo en una operación conjunta con las FARC; se identifica otros miembros de esa organización que tuvieron mando sobre la víctima y se menciona que la joven Atehortúa decidió desmovilizarse por recibir maltrato, su mal estado de salud y la situación de su madre que vivía angustiada, por lo cual se entregó ante miembros del Ejército Nacional.
* La señora Gloria Edilma Muñoz Lopera, madre de la víctima, expuso que su hija decidió vincularse al ELN, bajo falsas promesas de que se encargarían de sostener a su familia que pasaba por una difícil situación económica. Indicó que el responsable del reclutamiento fue a. "El Flaco" a quien le dieron muerte en el año 2002 y luego de referirse a otros miembros de ese grupo insurgente, indicó que había hablado con ellos para que su hija regresara, lo cual hizo en una oportunidad por dos meses, hasta que la niña no aguantó la situación difícil y regresó, esta vez duró como dos o tres años, volvió a la casa porque estaba muy enferma, y luego tomó la decisión de reinsertarse.
* De esas versiones se deduce que se mencionan con propiedad, como dirigentes y miembros del grupo ilegal a los alias: “El Flaco”, “Andrés”, “Pocilio”, “El Colacho”, “Marisol”, “Duván”, “Roberto”, “Arturo”, “Daniel”, “Javier”, “Carlitos”, “Juan Carlos”, “Gabriel”, “Julio”, “El Sombrero”, “Luis, Said”, “Julio”, “Camilo”, “Wilder”, sin que se hiciera mención de las personas conocidas con los apelativos de “Gabino”, “Óscar Santos”, “Ramiro Vargas”, “Pablo Beltrán” y “Antonio García”, quienes son los acusados en este caso.
* La juez de primer grado hizo referencia a los informes rendidos por el investigador “Escolta III Cód. 6599 Analista Terrorismo” sobre filiación de cada uno de los acusados, donde se indica que con excepción de Rafael Sierra Granados, alias “Ramiro”, los demás pertenecen al “COCE” que es el órgano de dirección del ELN. Señaló que en el mismo documento se precisa que: "La presente información no constituye antecedentes penales, tampoco puede ser pieza procesal dentro de una investigación (art 248 CP), es producto del análisis de múltiples documentos e intercambio de informaciones con otros organismos de Seguridad del Estado. Los nombres de las personas citadas carecen de comprobación dactiloscópica y asignación numérica de cédulas de ciudadanía, por lo tanto puede tratarse de homónimos o seudónimos, y su difusión debe hacerse bajo estricta responsabilidad."
* Igualmente mencionó un informe del 4 de junio 18 de junio y 23 de agosto de 2010 rendido por Jefe de Sección de Análisis Criminal, con la anotación similar a la anterior, con la advertencia que "la anterior información tampoco puede ser pieza procesal dentro de una investigación, según el artículo 248 CP sentencia C 444 de septiembre de 1.992.". Agregó que en el primer informe de inteligencia se da una ubicación geográfica aproximada de los frentes a cargo de cada uno de los acusados.
* Aparece comprobado que una menor de edad resultó vinculada a actividades al margen de la ley, al ser ingresada a un cuerpo armado ilegal, con fines ilegítimos.
* Al examinar la prueba practicada en esta fase procesal, la misma no posee el grado de certeza para predicar que los acusados son autores de la conducta que se les atribuye.
* La FGN no presentó la acusación en contra de los procesados bajo un supuesto de autoría directa, determinación, autoría propia sino bajo el concepto de autoría mediata.
* Citó apartes de una sentencia de primera instancia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 6 de diciembre de 2013 MP Eduardo Castellanos Roso, donde se cita doctrina pertinente relacionada con la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, en delitos cometidos por dirigentes de grupos armados al margen de la ley, lo mismo que un acápite de la sentencia del 30 de diciembre de 2009,dictada por la Corte Suprema de Justicia, contra Alberto Fujimori, caso: “hechos de Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE”.
* A través de la figura de la autoría mediata, puede y debe ser condenado el dirigente de la organización al margen de la ley, pero se debe probar su condición de dirigente, su participación activa, su tarea organizacional, su mando jerárquico, sus planteamientos delictivos, y las órdenes que imparte.
* Para comprobar esos hechos no basta con anexar un organigrama sobre las labores de los cabecillas del ELN basado en labores de inteligencia, ya que se requieren otros elementos demostrativos, como testimonios, interceptaciones telefónicas, seguimiento a personas, u otro medio probatorio establecido para la demostración de un hecho.
* En el presente caso no se aportaron esos elementos probatorios, así se tenga conocimiento a través de los medios de comunicación, en el sentido de que los acusados son los dirigentes nacionales del ELN.
* No se demostró cuáles eran las funciones claras y concretas que cada uno de los procesados cumplía al interior del ELN.
* La FGN aduce que los acusados por su carácter de líderes de ese grupo subversivo deben responder por los actos de sus subalternos, lo cual resulta ser cierto siempre que se haya demostrado que esas personas fueron quienes dieron las órdenes de reclutamiento de la menor.
* Sin embargo, no se cuenta con ninguna prueba que demuestre que ese tipo de órdenes fueron impartidas, así fuera de manera general por las cinco personas acusadas o por alguna de ellas, ni obra un testimonio de un miembro activo del ELN, que permita comprobar que recibió esa orden, la obedeció, u observó que otros la cumplieran.
* Se hizo una investigación facilista, ya que solo se contaba con el testimonio de la menor y de su madre y con un cuadro jerárquico elaborado con tareas antiguas de investigación, para acusar a los cabecillas del ELN, sin que se hubieran hecho seguimientos a persona. Tampoco se aportaron testimonios de miembros activos o retirados de esa organización, pese a que muchos de ellos se encuentran detenidos, por lo cual no se estableció que los incriminados hubieran impartido la orden de reclutar a JA cuando era menor de edad,
* No se agotó ni tan solo uno de los elementos de investigación con los que cuenta el Estado, no hay seguimiento a personas, no hay declaraciones ni de miembros activos ni de miembros en retiro conocidos, porque muchos de ellos están en prisión según se observa en el plenario. No hay ningún dato que muestre que los mandos medios fueron ordenados para que vincularan a menores, en este caso en particular a JA.
* La A quo hizo referencia a una sentencia del 6 de febrero de 2014 del Juzgado 21 Penal Circuito de Medellín, sobre un caso similar donde fueron absueltos los dirigentes de las FARC Rodrigo Londoño Echeverri Alias "Timochenko" y Luciano Arango Alias "Iván Márquez", Sentencia confirmada por Tribunal Superior de Antioquia y sentencia de casación CSJ 25 abril de 2015.
* En conclusión, ante la existencia de esas dudas, consideró que la FGN no había aportado prueba sobre la responsabilidad de los procesados, por lo cual se debía aplicar el principio del In dubio pro reo en su favor lo que determinaba su absolución.

4.2 La sentencia fue recurrida por el delegado de la FGN.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.1 Delegado FGN (recurrente)

* La Juez de primer grado no tuvo en cuenta el contexto en el cual sucedieron los hechos, es decir, la evidencia que demostraba que en la zona donde fue reclutada la menor, operaba el grupo guerrillero ELN, que entre otras actividades ilegales realizaba actos de reclutamiento de personas, como sucedió con la menor JA.
* Dentro de ese contexto, fue que la FGN formuló resolución de acusación contra los integrantes de la cúpula de esa organización subversiva, por el reclutamiento de la entonces menor JA Muñoz.
* En la sentencia de primer grado no se pone en duda la existencia de la conducta investigada, ni que ese grupo insurgente hubiera sido el responsable de la misma.
* En el fallo lo que se cuestionó fue la prueba que relacionaba específicamente a los procesados con estos hechos, que en criterio de la A quo no permitía dictar una sentencia condenatoria en su contra, porque ni la víctima, ni su madre señalaron directamente a los acusados como responsables del hecho.
* Esos testimonios se debían haber valorado dentro del contexto en el cual se probó que se cometió la incorporación de la afectada al ELN, ya que se demostró que esa agrupación operaba en la zona para la época en que se presentó el reclutamiento forzado, por lo cual resulta razonable y creíble que los acusados, quienes eran sus comandantes máximos, tenían responsabilidad en el hecho.
* Al no poderse aplicar el concepto de “tarifa legal de prueba”, queda claro que el valor de la prueba testimonial no depende de su cantidad, sino de la calidad específica de cada versión analizada en conjunto, con base en las reglas de la sana crítica, que brilló por su ausencia en este caso, lo que llevó a la funcionaria de primer grado a considerar que no existía prueba suficiente sobre la participación de los acusados en el reclutamiento ilícito de la víctima.
* En ese sentido la A quo desconoció la mención específica que hizo la afectada sobre el comandante a. “Gabino”, de quien dijo que en la línea de mando del grupo guerrillero, se encontraba por encima del comandante alias “Carlitos”.
* El hecho de que la víctima no hubiera aclarado la zona donde “Gabino” ejercía su mando, no le resta relevancia a sus señalamientos, ya que lo importante fue que lo nombró como el sujeto que estaba jerárquicamente arriba del comandante político de la organización del ELN en el Eje Cafetero.
* La sentencia fue imprecisa al señalar que ni la víctima ni su madre habían hecho referencia a los acusados, por la circunstancia antes anotada y por el hecho de que no se le podía exigir a la menor que tuviera conocimiento sobre la totalidad de los comandantes de la organización insurgente.
* La FGN cumplió con su carga probatoria, ya que a través de la policía judicial estableció que la cúpula del ELN para la época del reclutamiento estaba compuesta, entre otros, por los acusados.
* Si la víctima hubiera nombrado a todas esas personas identificándolos como responsables directos de su reclutamiento, la FGN no habría proferido resolución de acusación en su contra como autores mediatos de la conducta investigada, sino como coautores de la misma.
* No comparte el razonamiento de al juez de primer grado sobre el hecho de que no se demostró la responsabilidad de los acusados bajo el concepto de autoría mediata, ya que se demostró que lo incriminados hacían parte de la estructura de la guerrilla del ELN, como dirigentes de esa organización, fuera de que la propia víctima se refirió al comandante “Gabino” en su testimonio y la juez de primer grado reconoció que era de público conocimiento que los sindicados integraban la dirigencia nacional de dicha organización delictiva, por lo cual no se requerían evidencias adicionales para demostrar estas circunstancias, lo que desconoce los parámetros probatorios de nuestro sistema jurídico.
* En el proceso se probó la política de reclutamiento que emanaba de la cúpula del ELN, y el ingreso de la víctima a las filas de esa organización cuando tenía 11 años de edad, que fue uno de los miles de casos que se vivieron el contexto del conflicto armado que se vive en Colombia y que su incorporación se produjo cuando esa organización era liderada por los acusados.
* Se probó la responsabilidad de los procesados, bajo el concepto de autoría mediata, que ha sido definido por Claus Roxin como: *“... dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas, en las que la cúpula de la organización tienen a su disposición una maquinaria personal claramente organizada "...con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor"*. El mismo autor afirma que en esos casos, la organización *"...despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona 'automáticamente', sin que importe la persona individual del ejecutor..."*.
* En tal virtud “el sujeto de atrás” (que es quien tiene el mando), simplemente da la orden para realizar determinada actividad delictiva y puede quedar confiado en que la misma se va a cumplir sin que tenga que conocer a su ejecutor. Tampoco es necesario para ello que recurra a medios coactivos o engañosos, pues sabe que si uno de los numerosos intervinientes que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, otro va a suplirle, sin afectar así la ejecución del plan global y según el autor citado, el factor determinante en estos casos es la fungibilidad del ejecutor, que obra como autor directo de la conducta, al tiempo que “el hombre de atrás” debe responder como autor mediato, pues a través del dominio de la voluntad de sus subalternos ejerce control sobre el hecho.
* Cuando un interviniente está más alejado de la víctima y de la acción y del dominio del hecho. Sin embargo en el dominio de la organización ocurre exactamente lo contrario, pues *"...la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato..."*.
* Siguiendo el criterio del autor Kai Ambos, se debe entender que en los casos problemáticos el poder de control se reparte entre el hombre de atrás y el ejecutor material, teniendo en cuenta la “condensación” de poder que se va presentando en la pirámide de la agrupación delictiva, en virtud del dominio absoluto que tiene el vértice de la organización sobre sus subordinados.
* Este criterio ha sido acogido en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ y además queda dentro de los supuestos del inciso 1º del artículo 29 del C.P., ya que en materia de delincuencia organizada se debe aceptar que cuando se domina la voluntad de una persona por medio de las órdenes que imparte su órgano de dirección se termina instrumentalizando al ejecutor para que cumpla el designio de su superior.
* Se encuentra probado que el ELN es un organismo de carácter político-militar, con organización jerárquica y una estructura en la que se imponen claras disciplinas y roles y es por eso posible atribuir responsabilidad a los acusados por el acto de reclutamiento de la entonces menor JA Muñoz, derivada de su condición de comandantes de ese grupo, dentro de los cuales la víctima señaló a Nicolás Rodríguez Bautista a. “Gabino”, quienes lideraban al grupo de insurgentes que cometieron materialmente el hecho, y que estaban bajo su mando.
* En consecuencia solicita que se revoque la sentencia de primer grado y se condene a los procesados como autores de la conducta punible de “reclutamiento ilícito”.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta Colegiatura es competente para conocer del presente recurso en atención a lo dispuesto en el artículo 76-1 de la ley 600 de 2000.

6.2 Problema jurídico a resolver

En atención a los términos del recurso propuesto se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia, en la cual se absolvió a los procesados por la conducta punible de reclutamiento ilícito de la cual fue víctima la menor JA, cuando contaba con once (11) años de edad, conducta que se inició en el año 2011 y que terminó el 23 de noviembre de 2004, cuando la citada joven, que para ese entonces tenía 16 años, se presentó en las instalaciones del Batallón “San Mateo” de esta ciudad, afirmando que pertenecía al grupo insurgente ELN, frente “Cacique Calarcá” y anunció su propósito de desmovilizarse.

6.3 Consideración inicial

En razón de la naturaleza del delito investigado, se considera necesario hacer una referencia inicial a la decisión que adoptó esta Colegiatura el 31 de julio de 2017 M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, dentro de un proceso tramitado contra José Fernando González Brand, por la conducta de “reclutamiento ilícito” de la cual fue víctima María Yasuri Perea Perea.

6.3.1 En la providencia citada se hicieron las siguientes precisiones:

• La conducta de “reclutamiento ilícito” se podía definir como un punible constitutivo de crimen de guerra, de lesa humanidad y/o una grave violación de los Derechos Humanos.

• Se hizo alusión a la sentencia CSJ SP del 6 de julio de 2012, radicado 35637, donde se dijo que las violaciones del D.I.H. pueden tener las tres connotaciones anteriormente referidas.

• El alistamiento forzado de la víctima en el caso examinado, hacía parte de una práctica generalizada de los grupos subversivos dentro del conflicto armado colombiano

• El reclutamiento ilícito es un crimen de guerra y una grave violación a los derechos humanos, por estar regulado por el Estatuto de Roma, aprobado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002, y lo dispuesto en la sentencia C-597 de 2013 de la Corte Constitucional, en cuyos apartes se dijo lo siguiente: *“En todo caso, el reclutamiento forzado de menores es considerado como un crimen de guerra cuando es cometido en el conflicto armado, tal como se establece en diversos instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma, por lo cual es claro que se podrá imputar en virtud de la estrategia diseñada en el Acto legislativo 01 de 2012”.*

• Además esa disposición era compatible con el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, aprobado por Colombia mediante la Ley 171/94. Texto en el que se establecieron en el Título II, artículo 4, las Garantías fundamentales, entre las cuales se destaca: *“3. a), b), c)- Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades […]”.*

• Se hizo referencia a los precedentes CSJ SP del 14 de agosto de 2012, radicado 36981 y CSJ SP del 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022, con referencia a la sentencia C- 580 de 2002 y se concluyó lo siguiente:

*(...)*

*“...queda palmariamente establecido que en el asunto en ciernes no puede pregonarse la prescripción de la investigación penal por el delito de reclutamiento ilícito de menores, como quiera que ella es imprescriptible; pero tampoco puede predicarse la prescripción de la acción penal, porque para esta clase de atentados contra el derecho internacional humanitario, el tiempo de prescripción de la acción se debe contar, no desde el momento de la ocurrencia de los hechos, como lo hizo la juzgadora de primera instancia, sino desde el instante en que se produjo la vinculación formal de la persona determinada e individualizada como autor de esa conducta delictiva, y en este caso se sabe que esa vinculación formal de quien responde al nombre de JOSÉ FERNANDO GONZÁLEZ BRAND tuvo ocurrencia a partir de la resolución proferida en abril 06 de 2016 por medio de la cual se dispuso su vinculación mediante indagatoria, misma que se llevó a cabo el 25 del mismo mes, y en la cual aceptó cargos al haber admitido su responsabilidad en el ilícito...” (Subrayas ex –texto)*

6.3.2 El artículo 83 del C.P. inciso 2º, modificado por el artículo 16 de la ley 1709 de 2014, dispone lo siguiente:

*“La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible “*

6.3.3 Para el 23 de noviembre de 2004, cuando se produjo la entrega voluntaria a la autoridades de la menor JA Muñoz, quien para ese entonces tenía 16 años de edad, ya se había aprobado en Colombia la Ley 742 del 5 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial 44826 de 7 de julio de 2002, por medio de la cual se aprobó el “Estatuto de Roma de la a Corte Penal Internacional”, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

6.3.4 El artículo 5º del mencionado Tratado dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 5°. CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE.*

*l. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:*

*a) El crimen de genocidio;*

*b) Los crímenes de lesa humanidad;*

*c) Los crímenes de guerra;*

*d) El crimen de agresión.”*

6.4. Por su parte el artículo 8º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dispone lo siguiente:

*“(...)*

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

*(...)*

*xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;”*

6.4.1 En la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional se ha expuesto lo siguiente sobre la aplicación retroactiva de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario:

En la sentencia C- 291 de 2007 se manifestó lo siguiente:

*(...)*

*2. Naturaleza de ius cogens de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario y de las sub-reglas básicas que los componen.*

*5. El principio de trato humanitario y de respeto por las garantías fundamentales de la persona.*

*De acuerdo con el principio de trato humanitario, las personas civiles y las personas fuera de combate deberán ser tratadas con humanidad. De este principio, que protege el bien jurídico de la dignidad humana en situaciones de conflicto armado, se deriva una serie de garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que son inherentes a la persona y deben ser respetadas en todo caso, así como la prohibición de generar males superfluos o sufrimientos innecesarios. El principio humanitario no sólo es el fundamento último del Derecho Internacional Humanitario como un todo, sino que en sí mismo es una norma de carácter convencional y consuetudinario; además de estar plasmado en los principales tratados que regulan el conflicto armado no internacional, forma parte indudable de la costumbre internacional, según lo han confirmado varios tribunales que incluyen la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg.*

*El principio de trato humanitario tiene el rango de norma de ius cogens, y varias de las garantías fundamentales derivadas del principio humanitario también tienen la naturaleza de normas de ius cogens. En efecto, el principio de trato humanitario es la esencia misma del Derecho Internacional Humanitario.*

*La codificación del principio humanitario, con sus dos componentes básicos –la formulación del principio general y la enunciación de las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que le son inherentes- encuentra sus antecedentes en la cláusula Martens, posteriormente en la formulación del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y finalmente se cristaliza en los Protocolos Adicionales de 1977. Dado que cada una de estas disposiciones forma parte, actualmente, del derecho internacional convencional y consuetudinario que vincula a Colombia, es relevante para el presente proceso detenerse sumariamente en su explicación.*

*(...)*

*Enunciación de las garantías fundamentales que forman parte del principio humanitario.*

*La mayor parte de las garantías fundamentales que forman parte del principio humanitario se aplican a los no combatientes, esto es, a las personas civiles que no toman parte en las hostilidades y a las personas fuera de combate. Sin embargo, algunas garantías fundamentales específicas como la prohibición de la toma de rehenes se aplican a todas las personas, independientemente de si toman parte o no en las hostilidades, como se verá.*

*Teniendo en cuenta los anteriores instrumentos y el desarrollo de las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos según su estado actual, la Corte Constitucional observa las garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario -que en varios casos tienen en sí mismas el rango de normas de ius cogens- son principalmente las siguientes: (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario , (ii) la prohibición del homicidio –ver más adelante-, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes -que es en sí misma una norma de ius cogens-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios -norma de ius cogens como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas -la cual de por sí es una norma de ius cogens-, (vi) la prohibición de la violencia de género, de la violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor ; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos -norma con rango propio de ius cogens-, (viii) la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo , (ix) la prohibición de tomar rehenes –ver más adelante-, (x) la prohibición de utilizar escudos humanos , (xi) la prohibición de las desapariciones forzadas , (xii) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad , (xiii) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual , (xiv) la prohibición de los castigos colectivos , (xv) la obligación de respetar las convicciones y prácticas religiosas de las personas civiles y fuera de combate , (xvi) la obligación de respetar la vida familiar , (xvii) la obligación de proteger los derechos de las mujeres afectadas por los conflictos armados , (xviii) la obligación de proteger los derechos especiales de los niños afectados por los conflictos armados , junto con la prohibición de reclutamiento infantil y la prohibición de permitir la participación directa de niños en las hostilidades , (xix) la obligación de respetar los derechos especiales de los ancianos y personas con discapacidad afectados por los conflictos armados , (xx) la prohibición absoluta del genocidio en el curso de un conflicto armado –que tiene indubitablemente el rango de ius cogens-, (xxi) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado –norma igualmente revestida del carácter autónomo de ius cogens-, (xxii) el deber de recoger y asistir a los heridos y los enfermos, (xxiii) la prohibición de los actos de terrorismo, (xxiv) la prohibición del pillaje y (xxv) el deber de respetar las garantías mínimas de las personas privadas de la libertad. (Subrayas ex- texto)*

*(...)”*

6.4.2 De acuerdo al precedente antes citado la prohibición del reclutamiento ilícito de menores es una de las garantías esenciales de los instrumentos del D.I.H., que forma parte del derecho internacional convencional y consuetudinario, tal como se dijo en la sentencia C-203 del 8 de marzo de 2005 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“(...)

*5.4.1.5. Proscripción del reclutamiento de menores. El consenso imperante en la comunidad internacional sobre el carácter reprochable y perjudicial del reclutamiento forzado de menores de edad se ha plasmado en el reconocimiento de tal conducta como un “crimen de guerra”, tanto en conflictos internacionales como en conflictos no internacionales. Así, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8, se establece que dicho tribunal tendrá jurisdicción respecto de los crímenes de guerra, entre ellos toda violación de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados de carácter interno, categoría que incluye el reclutamiento de menores de 15 años a las fuerzas o grupos armados, o su uso para participar directamente en las hostilidades . No se trata tan solo de una regla de tipo convencional; recientemente, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha reconocido que el reclutamiento ilícito de menores en tanto crimen de guerra tiene un carácter consuetudinario , es decir, también constituye una costumbre internacional vinculante para los Estados por su naturaleza de fuente de derecho internacional. La penalización del reclutamiento infantil ha sido recogida también por el Código Penal colombiano (artículo 162).” (Subrayas ex texto)*

6.5 La conducta de reclutamiento ilícito se encuentra sancionada por el artículo 162 del C.P. En consecuencia es necesario precisar lo siguiente sobre el término de prescripción de la conducta antes mencionada, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 83 del C.P., modificado por el artículo 16 de la ley 17 1719 de 2014, que dispone lo siguiente: *“La acción penal para o los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”*.

6.6 En la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, se ha manifestado lo siguiente sobre el tema de la aplicación retroactiva de los instrumentos del D.I.H.

6.6.1 En sentencia del 21 de septiembre de 2009, radicado 32022 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*“ ...Ahora, sobre la imprescriptibilidad que caracteriza los delitos de lesa humanidad, directamente consagrada en el Estatuto de Roma, cabe precisar, acorde con lo examinado al momento de referenciar la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que si bien la Corte Constitucional, en la Sentencia C-580 de 2002 (a la cual se hizo referencia allí), estudió en concreto lo correspondiente a la prescripción de la pena y la acción respecto de esa conducta punible, los criterios plasmados en ese antecedente sirven de referente necesario para delimitar el mismo factor de enervación de la persecución estatal, en torno de los otros delitos de lesa humanidad.*

*En particular, la sentencia que se analiza advirtió cómo el artículo 28 de la Carta Política, solo establece limitación, en punto de la prescripción, en lo tocante a la pena, pero no alude directamente a la “acción” penal, entendida esta como la facultad estatal de investigar y juzgar los delitos.*

*Así, se halla claro que en Colombia, acorde con la prohibición expresa del artículo 28, la pena aplicada, para cualquier tipo de delito, incluidos los de lesa humanidad, no es imprescriptible.*

*Cosa diferente ocurre con la acción penal, en cuyo caso, precisamente por virtud de la gravedad de las conductas, la necesidad de protección y resarcimiento de las víctimas y el deseo de precaver la impunidad, en los casos de delitos como el de desaparición forzada (que fue el directamente examinado por la Corte Constitucional), se hace menester realizar un balanceo con los derechos de los procesados.*

*En consecuencia, efectivamente el delito en sí mismo es imprescriptible, dice la Corte Constitucional, lo que faculta la posibilidad de investigarlo en cualquier tiempo.*

*Empero, añade, precisamente por ocasión de la necesaria ponderación entre las finalidades de la imprescriptibilidad y los derechos de los procesados, en los casos en los cuales la justicia ya ha individualizado y vinculado (a través de indagatoria o declaratoria de persona ausente, o, agrega la Sala, para los casos regulados por la Ley 906 de 2004, de la formulación de imputación) a los partícipes o intervinientes en los hechos, sí debe atenderse a las normas que regulan la prescripción, pues, la persona, ya sometida al imperio de la justicia, no puede permanecer indefinidamente en condición sub iudice.*

*En concreto, esto dijo el Tribunal Constitucional:*

*“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.*

*“Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso.*

*“Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.”*

*Tres son, entonces, las conclusiones que se extraen de lo dicho por la Corte Constitucional:*

*i) Acorde con nuestra Carta constitucional, en ningún caso puede predicarse imprescriptibilidad de la pena impuesta; ni siquiera en tratándose de delitos de lesa humanidad.*

*ii) Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible.*

*iii) Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repute existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.*

5.6.2 Sin embargo, en virtud de lo manifestado en auto del 13 de mayo de 2010, con radicado 33.118 M.P. Leonidas Bustos, (Caso César Pérez García), la SP de la CSJ precisó su criterio frente a la imprescriptilidad de los crímenes de guerra, y expuso lo siguiente:

*“(...) 2. La imprescriptibilidad de la acción penal*

*Previo a la expedición de la Ley 589 de 2000, aún no se hablaba de genocidio ni de crímenes de impacto internacional dentro de la legislación penal colombiana, pues, conforme al artículo 1° de la mencionada norma, se creó el artículo 322A del Decreto-Ley 100 de 1980 que establece dicho tipo penal, razón por la cual la forma de darles tratamiento a las conductas constitutivas de esta clase de delitos, sobre todo en lo relacionado con homicidios por motivos políticos, se había venido tipificando como homicidio agravado; norma que fue ratificada por la Ley 599 de 2000, en su artículo 101.*

*El 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, en primer lugar, 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 y, en segundo lugar, con el acaecimiento de la prescripción de la acción penal, la cual, conforme a la nueva normatividad sustantiva penal tiene un término que comprende entre, mínimo 5 años y, máximo 20 años, exceptuando, entre otros, al genocidio, cuyo término máximo de prescripción es de 30 años. Problemática que va aparejada con la pasividad, inactividad y negligencia investigativa de algunos funcionarios encargados de tal, que permiten con su actuar que el tiempo pase y así puedan operar dichas figuras, máxime cuando en algunos casos se han presentado los denominados internacionalmente “Crímenes de Estado”.*

*El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible, Vgr, bajo la descripción del delito de genocidio, aún cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan que su tipificación sea como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de “Lesa Humanidad”.*

*El primer problema que se encuentra se refiere a la última posibilidad planteada, pues, de conformidad con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política Colombiana, expresamente se establece que, en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. Otro problema que se avista, está relacionado con la posible violación del principio de legalidad, al pretender investigar a una persona por la comisión de una conducta punible que no estaba consagrada en una ley interna preexistente al acto que se le imputa, en concomitancia con el artículo 29 de la Carta Política.*

*Esta dicotomía se puede resolver de la siguiente forma:*

1. *La vulneración al principio de legalidad no se presenta, pues, la preexistencia de Tratados Internacionales que rechazan y prohíben la comisión de las conductas, permite salvar dicha situación.*
2. *En cuanto a la prescripción, para un caso concreto, no habría necesidad de pretender la inoperancia de la misma, toda vez que al hablarse Vgr de genocidio, se requieren 30 años para que la acción se extinga, atendiendo a que se trata de una excepción legal taxativa al tiempo máximo permitido de 20 años, conforme a la más reciente normatividad vigente sobre el tema; sin embargo, en tratándose de delitos que constituyen crímenes de guerra o de lesa humanidad, su prescripción no se podría predicar. ( subrayas ex – texto)*

*(...)*

*En este momento es valioso hacer una precisión: Si se trata de conductas cometidas en vigencia de la ley 599 de 2000, es claro que el término prescriptivo se puede extender hasta los 30 años, pero si las mismas se cometieron en vigencia del Código Penal de 1980, dicho término sólo puede extenderse hasta 20 años, en atención al principio de favorabilidad en la aplicación de la ley, cuando hay sucesión y tránsito de leyes.*

*Entonces, es claro que la única forma de iniciar o continuar la investigación por una conducta que probablemente constituye Vgr, un delito de genocidio y/o de concierto para delinquir en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, es argumentando la imprescriptibilidad de la acción penal, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia y aplicables como principios de derecho internacional. (Subrayas ex texto)*

*En la providencia en cita se expuso además lo siguiente:*

*(...)*

*“ Este derrotero que desde la expedición de la Constitución Política forma parte integral de la interpretación del concierto normativo interno, ha sido objeto de profuso desarrollo doctrinario, del que se resalta: Ante las muchas discusiones, alguna ya anotadas, sobre el monismo y dualismo, sobre la prevalencia de los tratados, etc., los dilemas se resuelven por la protección a unos bienes jurídicos, ahora de reconocimiento y tutela internacional: el reconocimiento de la barbarie y su persecución; la protección de la víctima ante los atentados y la barbarie trascienden el marco nacional, territorial y la legislación doméstica; el daño, la vulneración y la violación que desafían la imaginación, como un teatro dantesco de imposición y totalitarismo, que niegan y lesionan el concepto de “humanidad”; en fin es la protección de los derechos humanos y laa sanción a las violaciones del DIH lo que resuelve a favor de la justicia global los dilemas y las posturas de independencia y autodeterminación a ultranza. En Colombia se resolvió el dilema por medio del bloque de constitucionalidad, concepto que implica que los tratados internacionales que consagran y protegen derechos humanos serán de aplicación inmediata y medio rector de interpretación: Tales aspectos se han recogido en decisiones de la Corte Constitucional, con carácter erga omnes, destacándose los siguientes aspectos: 1. La obligatoriedad del DIH como norma de tutela universal; 2. La aceptación de la justicia global frente a los atentados; 3. La imperatividad y aplicabilidad en Colombia, sin respecto a la ratificación del tratado; 4. El concepto y alcance de la soberanía, en la protección de la persona humana.*

*Esta es la razón más fuerte por la cual se puede llegar a hablar de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, aún cuando dentro de la legislación interna colombiana se ha manifestado que respecto del delito de genocidio el término más elevado para que opere dicha figura jurídica es de 30 años, con fundamento en la nueva normativa, que para el caso concreto no aplica. En este entendido, debe tenerse en cuenta lo que se ha consagrado en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, suscrita el 26 de noviembre de 1968 y con entrada en vigor mundial el 11 de noviembre de 1970, en cuyo preámbulo se estableció:*

*“Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,*

*Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,*

*Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,*

*Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal…”*

*Adicionalmente, en el literal b del artículo 1°, se definió que:*

*“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en se hayan cometido:*

*(…)*

*b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”. (Subrayas fuera de texto).*

*Criterio retomado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, en su artículo 29 y, de donde concluye la Corte Constitucional que “Según esto, la Corte Penal Internacional no deja de tener competencia sobre dichos crímenes, pese a que, dada la redacción amplia del Estatuto, la acción penal o la pena hayan prescrito según las reglas del derecho interno” .*

*La Corte Constitucional en la ya varias veces citada sentencia C-78 de 2002, en torno a la imprescriptibilidad, expuso:*

*“El artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. Establece claramente el artículo 29: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.” De esta forma se le cierra la puerta en el Estatuto de Roma a la defensa, esgrimida en su momento por Rudolph Eichmann (juzgado en Jerusalem) [235] y por Klaus Barbie (juzgado en Francia)[236] y otras personas vinculadas a procesos por estos crímenes, consistente en impedir la investigación, el juzgamiento y la condena por esos crímenes como consecuencia de la extinción de la acción penal por prescripción.*

*(...)*

*Así pues, conforme lo aquí expuesto es aceptable, sin vulnerar el principio de legalidad, sancionar una conducta constitutiva de un crimen de connotación y trascendencia internacional, como el genocidio, aún cuando la misma se cometiera antes de la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 y, posterior, a la ratificación y aprobación interna de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, situación que, además, permite armonizar tal tesis con la referida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en donde también se menciona la no prescripción de las macrovulneraciones. Parámetros que, por exigencias y de acuerdo a la normativa internacional no son desconocedores de la parte fundamental del derecho penal ni de las garantías, igualmente fundamentales de los procesados por dichos crímenes, pues la atrocidad por la que se les juzga permite que frente a ellos tales garantías sean reducidas a su mínima expresión –sin ser desconocidas o vulneradas- y, contrario sensu, sean exaltadas las de las víctimas de las conductas constitutivas del mencionado crimen, así como las de la propia humanidad. He aquí las razones por las cuales se le considera uno de los delitos constitutivos de “delicta iuris gentium”. (Subrayas ex texto)*

*(...)”*

En otros apartes de esa decisión se hizo referencia a la sentencia C- 580 de 2002 de la Corte Constitucional y se dijo lo siguiente:

(...)

*Resulta claro, entonces, que la Constitución se refiere a la prohibición de imprescriptibilidad de la pena, permitiéndose por vía del bloque de constitucionalidad, conforme al artículo 93 de la Carta Política, la inclusión de un tratado internacional, bajo los parámetros expuestos líneas arriba, que establece la imprescriptibilidad de la acción penal en tratándose de violaciones graves a los Derechos Humanos, como ocurre con los delitos de Lesa Humanidad.*

*(...)*

*Razón por la cual, al evidenciarse que dentro del presente caso se ha estructurado una macrovulneración, desconocedora de todos los Principios de Humanidad, se hace obligatorio declararlo como crimen de Lesa Humanidad y, en ese sentido, continuar con su investigación y eventual juzgamiento, sin tener en cuenta términos de prescripción que no aplican, aclarando que no se vulnera el principio de legalidad, pues como quedó definido en precedencia, la tipificación previa, escrita y cierta de la conducta existía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, la cual, se reitera, es de obligatorio acatamiento por parte del Estado Colombiano...”•*

*(...)*

 *“...De esta manera, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia concluye que los homicidios múltiples perpetrados el 11 de noviembre de 1988 en la población de Segovia presuntamente pueden son constitutivos de crimen de macrovulneración (como los delitos de lesa humanidad, tales como persecución política, el genocidio y/o concierto para delinquir), en los términos ya definidos en esta providencia, y como tal, no opera a favor de los autores o partícipes que no han sido juzgados y decidida en forma definitiva su responsabilidad, el fenómeno de la prescripción, por tratarse de un delito de lesa humanidad imprescriptible.*

*En adición a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia retoma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, y concluye que darles validez a las normas de prescripción en estos casos sería una violación de la obligación del Estado, en especial en la máxima autoridad de la Rama Judicial del poder público de garantizar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales referidos en esta decisión.*

6.6.3 De lo expuesto anteriormente se deduce que en razón de la naturaleza de “Crimen de Guerra” que tiene la conducta de reclutamiento ilícito es posible aplicar en el caso sub examen, de manera retroactiva la disposición contenida en el artículo 83 del C.P., sobre imprescripitibilidad de la acción penal (que no se extiende a la pena según la sentencia C-580 de 2002 de la Corte Constitucional.

6.7 Se debe manifestar que esa posibilidad de aplicar normas que no estaban vigentes para la fecha de comisión de los hechos en lo relativo a crímenes internacionales, fue examinada igualmente por la SP de la CSJ en auto del 16 de diciembre de 2010, radicado 33.039, proceso adelantado contra Uber Enrique Banquez Martínez M.P. José Leonidas Bustos, en la cual se definió el tema puntual relacionado con: *“la vigencia de las leyes en el tiempo, específicamente si existe la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”*, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha.

6.7.1. En ese sentido se dijo lo siguiente en la decisión antes mencionada:

*“(...)*

*“...2. Sin embargo, el principio de legalidad, tal como fue concebido por el revolucionario francés, suponía la existencia del Estado nacional con presencia de los tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y protegían; siendo las garantías judiciales ante todo talanquera contra el poder arbitrario del soberano; situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.*

*Esto porque desde la segunda posguerra del siglo pasado, la comunidad horrorizada por la confrontación bélica, la barbarie y la intolerancia que sobrepasaba las fronteras y las capacidades nacionales, comenzó a construir un nuevo derecho penal con dimensión internacional, limitado a cuatro categorías de delitos que ofendían a la humanidad entera: el crimen de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario.*

*Estos llamados “delitos internacionales” generaron una reacción de la comunidad civilizada, en tanto que el titular de los derechos afectados con estas cuatro categorías delictivas era la totalidad de la humanidad, se comenzó a escribir en el contexto internacional un nuevo derecho con unas categorías un tanto distintas a las patrias, precisamente debido al grado de complejidad originado en la inexistencia, tanto de un legislador estricto sensu, como de una autoridad judicial de alcance planetario.*

*La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor.*

*Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad.* (Subrayas ex – texto)

*Es así que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva.*

*Resulta oportuno reconocer que a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos se ha universalizado el compromiso legislativo en pro de su reivindicación y se han precisado los niveles de protección de los habitantes del mundo, en dos sistemas interrelacionados entre sí, con la obligación doméstica de ajustar sus estándares a la sistemática internacional.*

*Es más, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional.*

*Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1º que “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”*

*Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”*

*Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”*

*A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1º que: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.” En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”*

*Esta cláusula colocada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.*

*Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuencial auspiciada –o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.*

*La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Nuremberg , regidos por unos principios, eI primero de los cuales advierte:*

*“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”*

*Y en el principio II se estipula que:*

*“El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.”*

*Por su parte, en los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad” se leen los siguientes:*

*1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”*

*2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”*

*Así, es claro que sin importar el momento de comisión del delito de guerra el mismo debe ser juzgado, pero a la vez que el Estado en que se cometió tiene derecho a investigarlo y en dado caso a imponer las condenas de rigor.*

*En el mismo instrumento, en su numeral 8º se dispone que:*

*“Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”*

*Así, el principio de legalidad en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales –de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio, se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina. (Subrayas ex texto)*

*En ese contexto de ampliación del concepto de ley, hay que recordar que nuestro país ha suscrito convenciones internacionales que sancionan delitos internacionales, entre ellos las graves infracciones al derecho internacional humanitario.*

*Tales Instrumentos fueron incorporados a la legislación interna de nuestro país, ya que mediante la Ley 5ª de 1960 se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; por la ley 11 de 1992 su Protocolo Adicional I y en virtud de la ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II.*

*A partir de la vigencia de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969) se considera que es un principio del derecho de gentes que en las relaciones entre Estados contratantes las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia Constitución ni su legislación interna para sustraerse de las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento de los tratados vigentes.*

*Por otra parte, variadas han sido las experiencias en el contexto internacional en las que sin la mediación legislativa local se han aplicado penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la costumbre y jurisprudencia internacional, que han venido aclarando los alcances del principio de legalidad en este contexto; iniciándose con los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional, en protección de la humanidad.*

*También Camboya, país asiático que vivió la tiranía del régimen marxista-leninista-maoista de los Jamer Rojos, con la dictadura de Saloth Sar (llamado Pol Pot), entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, época en la que se exterminó por lo menos a la tercera parte de la población, período en que aquel país se llamó Kampuchea Democrática; crímenes para cuyo juzgamiento se instalaron en el 2006, a instancias de la ONU, Salas Extraordinarias de Juicios, una de las cuales produjo el pasado 26 de julio, la primera sentencia contra Kaing J.C. Eav, alias Duch; en la que se le juzgó y condenó como líder del régimen, no obstante no existir legislación patria que determinara que las atrocidades cometidas contra la población eran consideradas crímenes internacionales.*

*En Europa, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos, ha dejado claro que en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.*

*En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluído en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina , Chile y Perú , entre otros.*

*Otra fuente de limitación al principio de legalidad en los países del Cono Sur, viene como efecto de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos (ratificada constantemente), en la que declaró la incompatibilidad de la ley de amnistía y punto final dictada en el Perú, con el Pacto de San José, ley expedida para garantizar la impunidad de crímenes cometidos por organismos o agentes del Estado; se abrió espacio para nuevos juzgamientos de crímenes internacionales en la región.*

*En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el conocido como “Caso Simón ”, profirió sentencia el 14 de junio de 2005 dejando sin efecto también unas leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares (no obstante que por medio de sentencia de 22 de junio de 1987, ya habían sido declaradas ajustadas a la Constitución del país austral “Caso Camps”); sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.*

*Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstenían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.*

*Incluso, desde antes de existir la legislación internacional que sancionaba los crímenes de guerra, era previsible que los mismos fueran a ser tipificados como tales, según sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, en el caso de Vassili Kononov, un exmilitar soviético que fue condenado en el año 2004 por un tribunal de Letonia; sentencia que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.*

*Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.*

*La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional.*

*Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.*

*Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción:*

*“En este orden de ideas -conforme al Bloque de Constitucionalidad establecido mediante los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, que otorga una prevalencia superior a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin-, no puede desconocerse que hace varias décadas existen normas internacionales que han definido cuál debe ser la forma de proceder por parte del Estado Colombiano respecto de lo que se ha referido. En este entendido, 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, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto del ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.”* (Subrayas ex texto)

6.8 Igualmente se hace necesario hacer referencia a lo manifestado en la sentencia C-580 del 31 de julio de 2002 de la Corte Constitucional, donde se examinó la Ley 707 de 2001, por medio de la cual se examinó la cual se aprobó la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994, en cuyos apartes relevantes se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*“...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.*

*Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso...”.*

6.9 Con base en lo expuesto anteriormente, se debe entender que de los diversos precedentes citados, se deduce que es posible la aplicación retroactiva de las normas del Derecho Internacional Humanitario, frente a ciertos temas, como la prescripción de la acción penal, que en este caso y por tratarse de un delito de reclutamiento ilícito que se considera como “crimen de guerra”, sería imprescriptible de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 1719 de 2014, ya que se entiende que esta modificación del C.P. buscó adecuar la normatividad interna a lo regulado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue aprobado por la Ley 742 del 5 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial el 7 de julio de 2002, (es decir mientas la joven JA continuaba sometida a reclutamiento ilícito), o que en su defecto se deba aplicar el precedente CSJ SP del 13 de mayo de 2010, con radicado 33.118, donde se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*En este momento es valioso hacer una precisión: Si se trata de conductas cometidas en vigencia de la ley 599 de 2000, es claro que el término prescriptivo se puede extender hasta los 30 años, pero si las mismas se cometieron en vigencia del Código Penal de 1980, dicho término sólo puede extenderse hasta 20 años, en atención al principio de favorabilidad en la aplicación de la ley, cuando hay sucesión y tránsito de leyes...”.*

**7. Solución al asunto concreto**

7.1 En el caso en estudio la Fiscalía 49 Especializada ante la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, formuló acusación el 24 de abril de 2013 contra los procesados Nicolás Rodríguez Bautista a. “Gabino”, Eliécer Herlinto Chamorro Acosta a. “Antonio García”, Israel Ramírez Pineda a. “Pablo Beltrán”, Rafael Sierra Granados a. “Ramiro Vargas” y Pedro Elías Cañas Serrano a. “Óscar Santos”, integrantes del Ejército Nacional de Liberación ELN, por la conducta punible de “reclutamiento ilícito” de la cual fue víctima JA Castañeda cuando contaba con 11 años de edad.

En la misma providencia se expone que aunque los acusados no fueron los autores materiales del hecho, su carácter de dirigentes de esa organización subversiva los hacía responsables de los actos de sus subalternos en lo relativo a la incorporación de la citada menor a ese grupo insurgente, a través del frente “Cacique Calarcá”, ya que en el tercer congreso del ELN se impartieron órdenes de reclutamiento de personas para ese grupo subversivo, por lo cual su responsabilidad estaba enmarcada dentro del concepto de “autoría mediata” en la realización de la conducta punible ya que a través de los “aparatos organizados de poder”, la preponderancia de las persona que los dirigen lleva a que el autor del hecho obre como un “sujeto fungible”, ya que siempre existirá quien dé cumplimiento a la directriz que traza “el hombre de atrás” con la cual se pone en marcha el designio criminal que realiza el ejecutor del acto

7.2 Las personas antes mencionadas fueron procesados por la citada conducta: *“...como autores mediatos del punible de reclutamiento ilícito del que funge como víctima JA, condición ejercida a través de aparatos organizados de poder”.*

7.3 En atención a las consideraciones del fallo de primera instancia debe manifestarse que en este caso no se presentan dudas sobre la existencia de la conducta denunciada, ya que obran pruebas documentales como las entrevista rendida por la menor JA, donde hizo referencia a las circunstancias en que se produjo su reclutamiento para hacer parte del ELN el mes de agosto de año 2000, el cual cesó el 23 de noviembre de 2004 cuando se entregó en el batallón “San Mateo” de esta ciudad (folio 8 a 10 y 247 a 249)

7.4 La Sala debe precisar que en la audiencia de juzgamiento que se realizó el 7 de noviembre de 29014 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría no se practicó ninguna prueba, por lo cual debe entenderse que dentro del concepto de prueba permanente que rige en el esquema de la Ley 600 de 2000, las evidencias que se aportaron para demostrar la responsabilidad de los procesados, se centran específicamente en un informe que rindió el investigador Jairo Eusebio Guasca Lara el 24 de noviembre de 2010, al cual se anexaron unas entrevistas, dirigido a la Fiscal 49 Especializada UNDH y DIH, donde se menciona que JA fue contactada inicialmente por a. “Pocillo” y “Andrés N.” a la edad de 12 años, cuando vivía en la vereda “Mampay” de Mistrató, y que por la condición de pobreza extrema de su familia aceptó ser reclutada por un individuo conocido como “El Flaco”, quien era el segundo al mando del frente “Cacique Calarcá” del ELN, que era comandado por “Arturo N.”, mencionando que de ese grupo hacían parte otras personas como a. “Marisol”, “Milton N.”, “Duván N.”, “Roberto N.”, “Daniel N.”, y “Javier N.”.

7.5 Igualmente se expone que le menor fue trasladada posteriormente a tierras del Chocó, a otro frente donde estaba con “Carlitos N”, comandante político del Eje Cafetero y que “por encima de él estaba Gabino”, “Juan Carlos N”, “Carolina N”, “Jhonny N” (Jhonatan Ramirez Flórez), “Julio N”, “Gabriel N”, “Luz Nelly N.”, “Marcela N”, “Carolina N”, “Macario”, “Juan Carlos N.”, “Wilder N” y “Lola N.”.

En el mismo informe se hace relación a lo manifestado por la señora Gloria Edilma Muñoz Lopera, madre de la citada menor, en el sentido de su hija había hablado con Vladimir N. a. “El Flaco” para que se le llevara a ese grupo insurgente, al cual se fue con el individuo conocido como “Colacho”, por lo cual buscó luego al “Flaco” y con otros guerrilleros como Julio N. “ Said” , Camilo N., Wilder N., Duván N. y Gabriel N. logrando la entrega de su hija, quien a los pocos días regresó al frente donde estuvo cerca de tres años, hasta que habló con Elkin N., quien accedió a entregarle a Juliana, ya que estaba muy enferma, luego de lo cual su hija se desmovilizó (folio 249 a 250).

7.6 Ahora bien, en este asunto la juez de conocimiento consideró que no era posible deducir la responsabilidad de los acusados, por el simple hecho de que en los informes de inteligencia allegados al proceso, se los mencionara como integrantes del COCE, órgano de dirección de la guerrilla del ELN, a efectos de plantear que su responsabilidad estaba determinada por un supuesto de autoría mediata, bajo el concepto de aparato organizado de poder, ya que la FGN debió presentar pruebas diversas, como testimonios de desmovilizados del ELN, o de insurgentes que estuvieran detenidos para comprobar que esos actos de reclutamiento de menores hacían parte de directrices trazadas por los dirigentes de esa organización.

7.8 El argumento central del recurrente se basa en el hecho de que al existir una estructura piramidal en el ELN, en cuya cúpula estaban los procesados, se entendía que estos actuaban como “el hombre de atrás” ya que incluso la menor Atehortúa había dicho que uno de los comandantes de los frentes donde estuvo se llamaba Carlitos N. y que “por encima de él estaba Gabino” (que es el apelativo o nombre de guerra de Nicolás Rodríguez Bautista), por lo cual resultaba aplicable al caso la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, como el ELN , ya que se entendía que los autores del reclutamiento de la menor actuaron siguiendo los lineamientos del tercer congreso del ELN donde se formularon las políticas de reclutamiento de ese grupo armado, labor que no estaba condicionada a una orden específica dirigida a un insurgente determinado, sino que podía ser cumplida por otro guerrillero en razón del elemento de “fungibilidad” del autor material del hecho.

7.9 Teniendo en cuenta que al expediente se anexaron diversos informes de inteligencia donde se identifica a los procesados como máximos dirigentes del ELN para la época en que se presentó el reclutamiento forzado de la víctima, se deben hacer las siguientes precisiones:

7.9.1 Lo que se podría considerar como prueba directa de incriminación viene a ser el testimonio entregado por la menor JA, donde expuso que el individuo conocido como “El Flaco era quien había propiciado su ingreso al frente “Cacique Calarcá” del ELN en la zona de Mistrató, y que luego fue llevada al Chocó, donde estuvo a órdenes de a. “Carlitos”, comandante político del ELN en el Eje Cafetero, afirmando que por encima de él estaba “a. “Gabino".

7.9.2 Al respecto sólo se cuenta con el informe rendido el 4 de junio de 2010 por el investigador Leonardo Fabio Vergara Bahamón, según el cual los procesados Nicolás Rodríguez Bautista, Eliécer Erlington Chamorro Acosta, Israel Ramírez Pineda, Rafael Sierra Granados y Pedro Elías Serrano integraban el Comando Central del ELN (COCE). Sin embargo, en el mismo documento se dijo que esa información no tenía el carácter legal de antecedente, que era el producto de actividades de inteligencia y que los nombres citados carecían de comprobación dactiloscópica, por lo cual podía tratarse de homónimos (folios 124 a 131).

7.9.3 En otro informe del 18 de junio de 2010, se identificaron a las personas mencionadas como miembros del “COCE” para los años 2001 a 2004 y se hizo la misma salvedad antes referida (folios 136 a 154).

7.9.4 En el documento anexado del 12 de julio de 2010, se enunciaron las múltiples investigaciones que se adelantaban contra Eliecer Herlinton Chamorro Acosta (“Antonio García”), Israel Ramírez Pineda (“Pablo Beltrán”), Rafael Sierra Granados (“Ramiro Vargas”) y, Pedro Elías Cañas Serrano (“Óscar Santos”), lo que se reiteró en otro informe del 26 de agosto de 2010 (folios 166 a 179).

7.9.5 La información más específica se encuentra contenida en el informe del 23 de agosto de 2010, donde se identifica a los acusados y se indica en el caso de Nicolás Rodríguez Bautista “Gabino”, de quien se dice que asumió el mando del ELN el 14 de febrero de 1998, luego de la muerte del cura “Manuel Pérez” y se señala que luego del “Tercer Congreso” del ELN se diseñó el “Plan Estratégico” para incrementar el número de militantes de ese grupo (folio 183 a 190)

7.9.6 Igualmente queda claro que la FGN contaba con los números de los documentos de identidad de los acusados, lo que se desprende de lo consignado en la resolución de acusación, por lo cual no queda duda sobre la identidad, de las personas que fueron mencionadas como miembros del Comando Central del ELN, fuera de que se aportó el informe de inteligencia antes referido, donde se menciona lo siguiente sobre las actividades de Nicolás Rodríguez Bautista a “Gabino”: “Ya en 1997 desarrolló el “TERCER CONGRESO denominado COMANDANTE EDGAR AMILKAR GRANADOS BARON”. En el cual se diseñó lo que se conoce como el Plan Estratégico para el lapso de 1997 y el 2007, cuyo propósito es incrementar el número de hombre y de recursos económicos que le permitan a la organización sobrevivir y pasar a la siguiente fase de la guerra”.

Igualmente se expone en ese documento que: i) Eliécer Herlinton Chamorro Acosta (a. “Antonio García”), formaba parte de esa organización con el rango de Segundo Comandante del ELN; ii) Pedro Elías Cañas Serrano (a. “Óscar Santos”) era miembro del COCE del ELN; iii) Israel Ramírez Pineda (a. “Pablo Beltrán”) era el “tercer cabecilla del COCE”; y iv) que Rafael Sierra Granados (a. “Ramiro Vargas Mejía”) era integrante del Comando Central de esa agrupación (folios 344 a 368).

7.10 En consecuencia cabe preguntarse ¿cuál es el valor probatorio de esos documentos, que corresponden a informes de inteligencia, teniendo en cuenta la sistemática probatoria de la Ley 600 de 2.000?

En ese sentido se debe manifestar los precedentes de la SP de la CSJ sobre la materia:

7.10.1 En la sentencia CSJ SP del 31 de agosto de 2005, radicado 19861, se dijo lo siguiente:

*(...)*

*2. El artículo 50 de la ley 504 de 1999 estableció que en ningún caso “tendrán valor probatorio en el proceso los informes de Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes”. Esa norma se encontraba vigente cuando los acusados fueron aprehendidos y resulta aplicable al presente caso pese a que los militares no cumplían funciones de Policía Judicial y no eran, por lo tanto, destinatarios de la disposición. La razón es sencilla: si la ley le restó valor demostrativo a los informes de los servidores públicos encargados de colaborar con la investigación criminal, no es lógico que lo tengan los de los miembros de la Fuerza Pública. En uno y otro caso, entonces, se trataba de reseñas cuyo contenido, si era susceptible de verificación claro está, servía al propósito de orientar una averiguación pero por sí mismo carecía de entidad para apoyar desde el punto de vista probatorio cualquiera de las decisiones judiciales que se dictaran en el curso del proceso y menos la sentencia condenatoria...”.(*Subrayas ex - texto)

7.10.2 Por su parte en CSJ SP del 20 de octubre de 2005, radicado 21196, igualmente se expuso lo siguiente:

*“(...)*

*“... La ley, en algunos casos, por razones de distinta índole, autoriza la práctica de una determina prueba, pero limita su eficacia probatoria, expresión que en dogmática casacional significa que la prueba es jurídicamente válida, pero solo tiene vocación probatoria para ciertos efectos. En materia penal un ejemplo típico de esta modalidad de tasación probatoria se encuentra en las regulaciones contenidas en los artículos 50 de la ley 504 de 1999 y 314 del Código de Procedimiento Penal, que textualmente dicen:*

*“Artículo 50. El artículo 313 del Código de Procedimiento Penal tendrá un inciso final del siguiente tenor: En ningún caso los informes de la Policía judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso.*

*“Artículo 314. Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”.*

*Como puede verse, la ley autoriza a los organismos de policía judicial realizar entrevistas y obtener exposiciones de informantes, pero introduce restricciones a la aptitud probatoria de estos elementos de juicio al disponer que solo pueden ser tenidos en cuenta como criterio orientador de la investigación, lo cual significa que pueden ser utilizados como guía o referente para buscar nuevas pruebas, o lograr su autorización, mas no como evidencia de la responsabilidad penal de la persona implicada por ellos, en ningún momento procesal, ni en la sentencia, ni en decisiones precedentes.* (Subrayas ex texto)

7.10.3 Como se observa, el órgano de cierre en materia penal estableció una especie de “tarifa legal negativa”, frente a ese tipo de actos de investigación que fueron los que se allegaron al presente proceso que por ende solo tendrían el carácter de *“criterios orientadores de la investigación”,* que resultan ser insuficientes para deducir la responsabilidad de los procesados como dirigentes del comando central del ELN, a efectos de atribuirles responsabilidad por el reclutamiento de la menor JA, bajo el concepto de “coautoría por cadena organizada de mando”, ya que la FGN no llevó al juicio a ninguna de las personas que participaron en esas indagaciones, lo que era necesario para ratificar la información contenida en esos atestados policiales.

7.10.4 A su vez, esa omisión probatoria del ente acusador no podría suplirse bajo el entendido de que la pertenencia de los acusados al COCE del ELN, se pudiera considerar como un “hecho notorio” exento de prueba, como sucede con la existencia del conflicto armado en nuestro país, que aún subsiste con el ELN, como se ha dicho en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ (sentencia del 13 de noviembre de 2013, radicado 35212), así:

*“(…)*

*“... Es irrefutable que para la tipificación de los delitos consagrados en el Título II de la parte especial del Código Penal, bajo la denominación de “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, se requiere, en primer lugar, la concurrencia de un elemento normativo especial, a saber, la existencia de una situación que pueda ser calificada como “conflicto armado” no internacional, porque todos los tipos penales allí consagrados requieren que la conducta se ejecute en desarrollo o con ocasión del mismo.*

*La Corte, a partir de la decisión del 29 de septiembre de 2009*[*5*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cnoviembre%5C35212%2813-11-13%29.html#footnote4)*, viene señalando que la constatación de la existencia de un conflicto armado no internacional, por tratarse de una situación de hecho, puede ser reconocida por el operador judicial al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar dentro de las descripciones típicas de los artículos 135 a 164 de la Ley 599 de 2000, sin que con ello se afecten aspectos de orden político, como el reconocimiento del estado de beligerencia de los actores del conflicto.*

*Así discurrió la Sala en el referido antecedente:*

*“(…) la constatación de la existencia de un conflicto armado no internacional, es decir, de una situación de hecho, es una cuestión completamente distinta al reconocimiento del estado de beligerancia de los actores del conflicto. Hoy, jurídicamente, está descartado por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra que la aplicación de las normas humanitarias tenga efecto jurídico sobre el estatuto de las partes contendientes. Así lo reconoció la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se adoptó como legislación interna el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:*

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

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

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

*“Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto…”*[*6*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cnoviembre%5C35212%2813-11-13%29.html#footnote5)*.*

*“No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias, que no corresponde declarar a la judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política.*

*“En este sentido, la verificación judicial de que ciertos comportamientos se encuentran vinculados con el conflicto armado, se halla legitimada en el contexto de la Ley 975 de 2005, precisamente porque el acto político ya ha sido consignado expresamente dentro de los fundamentos de la norma, en particular, cuando allí se establecen como fines de la misma la consecución de la paz y la reconciliación nacional, significando de entrada que la desmovilización que allí se consagra opera respecto de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyo accionar no podría desvincularse del D.I.H.”*

*Este criterio fue reiterado en la sentencia de casación del 27 de enero de 2010*[*7*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cnoviembre%5C35212%2813-11-13%29.html#footnote6)*, en el cual se reafirma que ha sido el mismo Estado Colombiano el que ha reconocido por diferentes vías la existencia del conflicto armado no internacional, como también a los grupos guerrilleros y de autodefensa como parte del mismo, con ocasión de la expedición de leyes como la 782 de 2002 y la 975 de 2005.*

*En ese sentido, como se hizo en el referido antecedente, ha de tenerse por descontado el reconocimiento estatal de la existencia de un conflicto armado no internacional y la expresa previsión legislativa acerca de la existencia de grupos armados al margen de la ley, como sus actores, sin que ello les otorgue algún estatus especial.*

*Algo similar cabe señalar respecto de la arista defensiva que intenta el demandante cuando pretende sostener que de todas maneras, al interior del proceso debió la Fiscalía demostrar en concreto que lo ocurrido fue consecuencia de esa situación de conflicto armado arriba descrita, oponiéndose al que entiende “conocimiento privado” del Juez.*

*Ostensible resulta que el impugnante confunde los conceptos, bien disímiles, de conocimiento privado y hecho* notorio.

*El Juez claramente advirtió en su providencia que la existencia del conflicto en cita no requiere de prueba particular o de demostración específica en el proceso en atención a su condición de hecho notorio.*

*Y, si, asiste completamente la razón al funcionario, pues, resulta un verdadero despropósito siquiera insinuar que alguien medianamente informado desconoce las actuaciones de los grupos irregulares que por más de cincuenta años han operado en todo el territorio nacional, sus actos violentos y los sucesivos procesos emprendidos por diferentes gobiernos para lograr su reasentamiento en la vida civil, o cuando menos, hacer cesar sus acciones.*

*Sobra anotar que de esas acciones y procesos no solo han informado insistentemente y reiteradamente los medios de comunicación, sino que además sus efectos dañosos han permeado a toda la sociedad en todo el territorio nacional.*

*Por ello, ninguna necesidad existía de que la Fiscalía allegara un caudal informativo para demostrar algo evidente y ostensible para todos los intervinientes en el proceso...”* (Subrayas ex texto).

7.10.5 A su vez, esa omisión probatoria del ente acusador no podría suplirse bajo el entendido de que la pertenencia de los acusados al COCE del ELN, se pudiera considerar como un “hecho notorio” exento de prueba, ya que como se puede deducir del precedente antes referido la SP de la CSP le otorga esa connotación “hecho notorio” a la existencia del conflicto armado que vive el país (que actualmente subiste con el grupo armado ELN), lo cual resulta ser particularmente relevante para la tipificación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que corresponden a los descritos en los artículos 135 a 164 del C.P.

7.10.6 Sin embargo, la Sala considera que en el caso *sub examen,* no resulta posible aplicar el mismo concepto para efectos de dar probada la pertenencia de todos los acusados al comando central del ELN, en razón la insuficiencia probatoria de los informes de inteligencia que fue la única prueba que aportó la FGN, en ese sentido, ya que se considera que esa entidad, en su calidad de titular de la acción penal bien pudo haber llevado al juicio a los funcionarios que suscribieron esos documentos, o aportar otras pruebas como el testimonio de desmovilizados de esa organización, a efectos de probar el rango que ostentaban las personas convocadas a juicio dentro de ese grupo insurgente, lo cual resultaba determinante para establecer las figuras jurídica de la “autoría mediata” y “coautoría por cadena organizada de mando”, conceptos sobre los cuales se hace las siguientes precisiones, siguiendo la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, en la cual se ha expuesto lo siguiente:

7.10.7 En la sentencia CSJ SP del 2 de septiembre de 2009, radicado 29221 se examinó el concepto de autoría mediata, y se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*(ii).- Autor mediato.-*

*“Es aquella persona que desde atrás en forma dolosa domina la voluntad de otro al que determina o utiliza como instrumento para que realice el supuesto de hecho, quien en todo evento actúa ciego frente a la conducta punible, efecto que logra aquel a través del error invencible o de la insuperable coacción ajena...”.*

En ese orden de ideas la teoría de la autoría mediata estricta no resultaría satisfactoria para resolver el caso según la pretensión de la FGN, ya que resulta evidente que a. “El flaco” y los demás insurgentes que intervinieron en el proceso de incorporación de la joven JA a la guerrilla del ELN, no actuaron como personas instrumentalizadas que desconocían el carácter delictivo de su conducta, como podría suceder en el caso de un niño de 5 años al cual un tercero le introduce en su equipaje una cantidad de droga para ser llevada al exterior, situación en la cual el infante actuaría sin dolo y la persona que introduce la droga dentro de sus pertenencias sería el autor mediato del comportamiento delictivo.

7.10.8 Descartado el fenómeno de la autoría mediata, hay que analizar entonces si la responsabilidad de los acusados se puede enmarcar bajo el concepto de “coautoría por cadena organizada de mando”, que igualmente fue examinada en el precedente antes mencionado, sobre lo cual hay que hacer las siguientes precisiones derivadas de la sentencia en cita así:

*“(...)*

*(v).- Coautoría por cadena de mando.-*

*Este fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.*

*En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.*

 *Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso 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 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 trasmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.*

*Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340 inciso 2º de la ley 599 de 2000 o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos.*

*Pero la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal quien dio la inicial orden. En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores.*

*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 Estado diseñada en las esferas más altas de la dirigencia, y que desde la apariencia de las justificaciones lo que en últimas hacen es explosionar 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 2º ejusdem se relacionan a través de la coautoría por cadena de mando.*

*La doctrina ha entendido:*

*Conforme con la teoría del dominio por organización concebida por ROXIN y asumida tanto por la opinión dominante como por la jurisprudencia, en estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes. Esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. El hombre de atrás realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. Se convierte en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre de atrás. La decisión libre y responsable del ejecutor no modifica en absoluto la situación y no representa ningún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás. El dominio por organización, ejercido en virtud del aparato, reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava la del autor de atrás a medida que se asciende en la jerarquía. La fundamentación de esta teoría hace referencia a otros casos de autoría mediata (del instrumento doloso que actúa sin la necesaria intención en un delito doloso), en los cuales un dominio del hecho mucho más débil funda la autoría. La jurisprudencia exige, además, que en tal tipo de casos el hombre de atrás aproveche la disposición incondicional del autor directo para la realización del tipo penal.*

*Y para el caso colombiano esta teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor tras el autor”, la doctrina más atendible la viabilizó:*

*En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos...”*

7.10.9 En ese sentido se entiende que la única fuente de incriminación para establecer la responsabilidad de los procesados bajo el rubro de *“coautoría por cadena organizada de mando”,* vendría a ser el testimonio de la menor JA según lo consignado en la entrevista que rindió el 26 de octubre de 2010, donde expuso que uno de los dirigentes del ELN que conoció durante su permanencia en las filas de esa organización era “Carlitos N.”, sobre quien dijo: *“...era el comandante político del Eje cafetero, por encima de él estaba era alias “Gabino”* (Nicolás Rodríguez Bautista) y que a. “El Flaco”, quien se encargó de su reclutamiento también hacía parte de esa organización, con base en el cual se puede concluir que le asiste responsabilidad al señor Rodríguez Bautista, identificado como mando del ELN, por la vinculación de esa menor a las filas de la organización insurgente, ya que se entiende que tanto a. “Carlitos” como a. “El Flaco” atendían las directrices de “Gabino” para el desarrollo de la actividad revolucionaria de ese grupo armado, con base en esa prueba testimonial. Por lo tanto se revocará la sentencia absolutoria únicamente en lo relativo a deducir la responsabilidad del acusado Rodríguez Bautista por la conducta investigada.

7.11 Sin embargo, en virtud de la precariedad de la prueba recaudada por la FGN en la etapa instructiva por la FGN, se considera que dentro del sistemática probatoria de la ley 600 de 2.000, la única evidencia de incriminación contra los demás procesados serían los prementados informes de inteligencia, que no poseen fuerza suasoria para dictar una sentencia de condena como se explicó en el apartado 7.10 de esa decisión, por lo cual la Sala confirmará la sentencia absolutoria que se profirió en favor de Eliecer Herlnto Chamorro Acosta a. “Antonio García”, Israel Ramírez Pineda a. “Pablo Beltrán”, Rafael Sierra Granados a. “Ramiro Vargas” y Pedro Elías Cañas Serrano a. “Óscar Santos”, por la conducta de reclutamiento ilícito, confirmando lo decidido en ese sentido por la juez de primer grado.

7.12 En el caso de Nicolás Rodríguez Bautista se reitera que del testimonio de la menor afectada se deduce que se reúnen los requisitos de la figura de la coautoría por cadena de mando, como lo reclama el recurrente, ya que está plenamente demostrado que para la fecha en que la menor JA hizo su ingreso a esa organización, había presencia del ELN en Mistrató y a través del frente “Cacique Calarcá” y que a. “El Flaco”, quien era miembro de ese grupo fue quien la indujo a ingresar en sus filas como lo dijo la madre de la víctima en su entrevista, y que uno de sus comandantes a. “Carlitos” atendía órdenes de a. “Gabino”, por lo cual se considera que frente a este acusado se cumplen los requisitos del artículo 232 de la ley 600 de 2.000 para dictar una sentencia condenatoria en su contra por la conducta de reclutamiento ilícito, descrita y sancionada en el artículo 162 del C.P., sobre la cual se refirió la SP de la CSJ en sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado 38222 así:

*“(...)*

*“... la tipificación del reclutamiento ilícito como delito contra el derecho internacional humanitario involucra la expectativa que tiene el mundo civilizado en relación con que su niñez y juventud se formen en la escuela y en la familia, no en la guerra.*

*Esto porque cuando los menores ingresan al grupo armado ilegal sufren una afectación a su derecho a la identidad ya que dejan de ser individualizados por su nombre y apellido, siendo inmediatamente privados de su derecho a la educación, a tener un hogar y a crecer en las condiciones que esto implica, a ser separados además de su entorno y principalmente privados de su niñez y su adolescencia, etapa crucial en el desarrollo y un momento de vida culminante para forjar su personalidad futura.*

*(...)*

*Ha indicado en su fallo la Corte Penal Internacional que es necesario que el delito de reclutamiento de menores haya sido cometido en el contexto de o asociado con un conflicto armado, toda vez que el objetivo principal de las prohibiciones contenidas en el DIH en este sentido se dirige a proteger a los menores de 15 años de los riesgos asociados con él y a asegurar su bienestar físico y psicológico. Esto porque hay ciertos traumas serios que acompañan el reclutamiento (separación de sus familias, interrupción de su educación y exposición a un ambiente de violencia y miedo).*

*Lo determinante, según la Corte Penal Internacional, para afirmar que un menor ha participado activamente en las hostilidades es el hecho de que su actividad haya estado relacionada claramente con ellas, esto es, que haya tenido un impacto a nivel de logística y/o en la organización de las operaciones. En otras palabras, el joven al desarrollar estas actividades se tuvo que haber convertido en un blanco potencial, haber sido puesto en peligro, así no haya participado directamente en las hostilidades, sin perjuicio de la conexión que se requiere entre el combate y la actividad desarrollada por él, a efectos de poder considerar la presencia del delito en cuestión contra el Derecho Internacional Humanitario.”*

**8. Dosificación punitiva**

En atención a los parámetros establecidos por los artículos 60 a 61 del C.P. y sin tener en cuenta la modificación establecida por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, se hace el siguiente ejercicio de dosimetría penal:

8.1 El artículo 162 del Código Penal, contempla una sanción para el delito investigado, que va de seis (6) a diez (10) años de prisión y, multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes ($199.200.000 a $332.000.000).

El ámbito de movilidad es de 48 meses de prisión. Por lo tanto los cuartos de pena se fijan así:

Pena de prisión:

Primer mínimo: De 72 meses a 84 meses de prisión

Cuartos medios: De 84 meses y 1 día a 108 meses de prisión

Cuarto máximo: De 108 meses y 1 día a 120 meses de prisión

Pena de multa

Cuarto mínimo: De 600 a 700 SMLMV

Cuartos Medios: De 700 a 900 SMLMV

Cuarto máximo: De 900 a 1000 SMLMV

8.2 En atención a lo dispuesto en el artículo 61 del C.P. y como la FGN no aportó prueba sobre antecedentes del procesado Rodríguez Bautista, que se deben entender como sentencias penales en firme dictadas en su contra, la pena se debería ser fijada dentro del cuarto mínimo, al no existir circunstancias genéricas de mayor punibilidad. Sin embargo, y teniendo en cuenta la gravedad de la conducta atribuida al señor Rodríguez Bautista, esta Sala considera que la pena a imponer debe ser la máxima sanción del cuarto mínimo, es decir 84 meses de prisión.

Lo anterior en consideración a que para esta Colegiatura el delito de reclutamiento ilícito se ejecuta de manera sistemática y para su perpetración sobresalen falsas promesas labores y remuneratorias, el uso de la fuerza y la violencia en contra de los menores de edad e incluso en contra de sus familiares más cercanos, aunado al hecho de que los grupo insurgentes se aprovechan de las especiales circunstancias sociofamiliares que rodean a las víctimas tales como las carencias económicas y afectivas, así como la falta de oportunidades educativas y laborales.

Sumado a lo anterior, como ya se advirtió el reclutamiento ilícito es una conducta constitutiva de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y en consecuencia genera graves atentados en contra de los Derechos Humanos, por lo que resulta proporcional la pena impuesta al acusado a través del presente proveído.

8.3 En consecuencia el procesado deberá descontar una pena de 84 meses de prisión y multa equivalente a 700 SMLMV para el año 2004.

Se le condenará además, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal.

**9. Sobre la indemnización de perjuicios**.

9.1 El artículo 94 del Código Penal, dispone que la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

9.2 El artículo 46 de la Ley 600 de 2000, establecen que están obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban hacerlo.

9.3 En este caso, como en virtud de la figura de la coautoría por cadena de mando dentro de un aparato organizado de poder, se consideró que el acusado Rodríguez Bautista era responsable del reclutamiento ilícito de la menor JA Muñoz, se procederá a condenarlo al pago de perjuicios en favor de la víctima, con base en lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del C.P.

La última norma citada dispone: *“En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. Esa tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.*

*Los daños materiales deben probarse en el proceso*”.

Sin embargo, con base en lo dispuesto en el inciso 2º del citado artículo 97 del CP, no se emitirá condena por el rubro de perjuicios material, ya que su causación no fue demostrada en la actuación.

En lo que atañe a los perjuicios debe tenerse en cuenta su condición de sujeto de especial protección al tiempo de su reclutamiento, que tenía la menor JA, según los artículos 13 y 44 de la Constitución de 1991 y en atención a lo consignado en el apartado 8.6 de esa decisión, donde se citó la sentencia CSJ SP del 12 de diciembre de 2012, radicado 38222, en la cual se analizó el significativo daño que genera el hecho de involucrar menores de edad en conflictos armados, se fija una indemnización por el equivalente a cien (100) SMLMV para la fecha de la desmovilización de la citada joven la que ocurrió en el año 2004, para lo cual se debe tener en cuenta que la conducta sancionada en el artículo 162 del C.P, es de carácter permanente.

**10. Sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena.**

En atención al factor objetivo previsto en el artículo 63 del CP., se considera que en este caso no se reúne el requisito objetivo para la concesión de tal subrogado, ya que la pena impuesta excede los 4 años de prisión, fuera de que la modalidad y gravedad de la conducta punible investigada que implicó el hecho de involucrar a una menor en el conflicto armado reviste suficiente gravedad como para considerar que por el factor subjetivo no procede el subrogado en mención.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 19 de octubre de 2015, del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, donde se absolvió a Nicolás Rodríguez Bautista, alias “Gabino”; Pedro Elías Cañas Serrano a. "Óscar Santos"; Rafael Sierra Granados a “Ramiro Vargas”; Israel Ramírez a “Pablo Beltrán” y Eliécer Erlington Chamorro Acosta a. “Antonio García”, por la conducta punible de “reclutamiento ilegal”.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** al procesado Nicolás Rodríguez Bautista, alias “Gabino”, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a las penas principales de ochenta y cuatro (84) meses de prisión y multa equivalente a 700 SMLMV para el año 2004, como responsable del delito de “reclutamiento ilícito” (artículo 162 CP), del cual fue víctima la menor JA.

**TERCERO: IMPONER** al procesado a pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal.

**CUARTO:** **NO CONCEDER** al sentenciado beneficio de la suspensión condicional de ejecución de la pena, por prohibición legal. En consecuencia se librará la correspondiente orden de captura en su contra.

**QUINTO: CONDENAR** al incriminado al pago de la suma equivalente a cien (100) SMLMV para el año 2004 por concepto de perjuicios morales, en favor de la víctima JA.

**SEXTO**: Contra esta decisión procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Ministrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Ministrado**