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 – 8 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 66041 31 89 001 2015 00087 01

Procesado: MARTÍN CRUZ VEGA

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: RECLUTAMIENTO ILÍCITO / DELITOS DE LESA HUMANIDAD / PRECEDENTE SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL / CONTROL DE PERSONAS BAJO MANDO EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER / PROCESADO ERA COMANDANTE / CONFIRMA CONDENA.** 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 mientras la joven MYPP 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...”. (Subrayas ex texto) ´

Por lo tanto, siguiendo lo manifestado en el precedente antes citado, no se declarará prescrita la acción penal en el presente caso, pese a que la providencia que calificó el proceso contra MCV por la conducta de “reclutamiento Ilícito”, hubiera adquirido ejecutoria cuando habían transcurrido más de 10 años (que era la pena máxima para ese delito para la fecha de los hechos), ya que se entiende que el término de prescripción para esa conducta punible sería de 30 años.

(…)

Al respecto y frente a la argumentación central de la recurrente, en el sentido de que su representado no tenía el control de las actividades de todas las personas que se encontraban bajo su mando, debe decirse que en este caso era posible aplicar la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, como las FARC, ya que se entiende que las personas que permitieron el ingreso a citado frente de la menor MYPP, actuaban siguiendo los lineamientos de sus superiores, entre los cuales se destacaba el señor MCV, como máximo comandante del frente “Aurelio Rodríguez”, para la fecha de ingreso de la menor a esa organización, luego de desertar del ERG, 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.

(…)

En ese orden de ideas no queda duda de que el procesado en su calidad de máximo comandante del frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, permitió o toleró el reclutamiento ilícito de la menor MYPP, durante el tiempo que esta permaneció en ese grupo insurgente, ya que ese grado de mando dentro de esa organización subversiva fue probado con los testimonios antes referidos, incluido el de la víctima (ver apartado 7.2).

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro.0227

Hora: 11:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66045 31 87 001 2015 00087 01 |
| Procesado  | Martín Cruz Vega |
| Delitos | Reclutamiento ilícito  |
| Juzgado de conocimiento  | Promiscuo del Circuito de Apía  |
| Asunto  | Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 24 de febrero de 2016. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor Martín Cruz Vega contra la sentencia del 24 de febrero de 2016, del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, donde se le condenó a la pena principal de 6 años de prisión y multa de $199.200.000, como responsable de la conducta de “reclutamiento ilícito” (artículo 162 C.P.), consumado contra la menor MYPP.

2. ANTECEDENTES

2.1 Mediante providencia del 19 de diciembre de 2014 [[1]](#footnote-1)que cobró ejecutoria el 24 de abril de 2015[[2]](#footnote-2), la FGN formuló acusación contra Martín Cruz Vega por la conducta de “reclutamiento ilícito”, sancionada por el artículo 162 del C.P., cometida en perjuicio de MYPM, según hechos ocurridos a finales de año 2.000 en el Corregimiento de “Santa Cecilia”.

2.3 El juicio público se adelantó el 20 de octubre de 2015.[[3]](#footnote-3)

2.4 Luego de que se dejara sin efecto una decisión del 26 de noviembre de 2015[[4]](#footnote-4) que conllevaba la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la expedición de la orden de captura contra el incriminado[[5]](#footnote-5), se profirió sentencia condenatoria contra el procesado[[6]](#footnote-6) la cual fue recurrida por su defensora.[[7]](#footnote-7)

**3. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

Se trata de Martín Cruz Vega, alias “Rubín Morro”, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 83.025.508 de Colombia, Huila, nacido el 31 de octubre de 1959 en Planadas, Tolima. Es hijo de María Rosa y Martín.

**4. SOBRE EL FALLO RECURRIDO.**

Las consideraciones de la decisión de primera instancia, se pueden sintetizar así:

* En el año 2.000 en la vereda “La Piedra” del corregimiento de “Santa Cecilia”, municipio de Pueblo Rico, persona que integraban el “Ejército Revolucionario Guevarista” que tenían Operaciones en la zona de Risaralda, Chocó y Valle, reclutaron a MYPP, quien para esa época era menor de edad, y siguió siendo conocida al interior de esa organización como “Yamile”.
* La citada menor inicialmente ingresó al ERG y posteriormente, desertó de ese grupo para integrarse al Frente "Aurelio Rodríguez" de las FARC, según sus versiones.
* A través del oficio 1078 del 24 de octubre de 2008, la Dirección de Inteligencia Policial- Policía Nacional- recibió información sobre los bloques y frentes que integran las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia FARC Y ELN, conforme a los Art. 14 y 244 de La Ley 906 de 2004.
* El bloque “José María Córdoba” de las FARC, y el “Frente Aurelio Rodríguez” de la misma organización, tiene como cabecilla a Martín Cruz Vega, alias “Rubín” o “Morro”, con un componente de 240 hombres, con influencia en el Departamento de Risaralda, municipio de Mistrató, San Antonio en Pueblo Rico, Santa Cecilia, Santa Ana, San Clemente, Quinchía, Irra, Departamento del Chocó, Bagadó, Nóvita y Condoto, San José del Palmar, Riosucio y Supía.
* Las informaciones dadas por la menor al momento de su dejación de armas, fueron corroboradas con el arribo a la investigación de las piezas procesales que dieron lugar a la declaración de la cesación de procedimiento por el delito de rebelión y que reposaban en el Juzgado Primero de Menores de la ciudad de Pereira.
* Según el informe de investigación 570318 FGN. CTI. GIDH Y DIH, del 10 de noviembre de 2010, se concluye que para el año 2001, el máximo comandante del frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, era Martín Cruz Vega a. "Rubín", quien fue identificado en informe 572749 DNCTI-DI-SAC-C-67 del 4 de octubre de 2010, con la C.C. 83.025.508 expedida en Las Lajas Colombia Huila, hijo de Martín y María Rosa. La FGN ordenó obtener la tarjeta decadactilar del señor Cruz Vega.
* La joven MYPP rindió declaración el 16 de septiembre de 2011, ante la FGN, donde expuso que siendo aún menor de edad desertó del ERG y se fue para las FARC.
* Se hizo referencia a las actuaciones procesales previas a la sentencia de primera instancia.
* La existencia de un conflicto armado en nuestro país exige la aplicación de las normas mínimas que establecen los instrumentos del DIH, que prohíben y sancionan las conductas de reclutamiento de menores, como sucedió en el caso de la menor MYPP, quien tenía la calidad de civil protegida por las normas del Derecho Internacional Humanitario.
* La conducta atribuida al procesado Martin Cruz Vega se adecua al tipo de “reclutamiento ilícito”, consagrado en el artículo 162 del C.P., vigente para la fecha de los mismos hechos investigados, que exige: i) se presente en desarrollo de un conflicto armado; y ii) el reclutamiento o el constreñimiento de un menor de edad para que participe en hostilidades o acciones armadas.
* Según el informe de Policía Nacional -Dirección de Inteligencia Policial del 24 de octubre de 2008, el frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC hacía parte del bloque “José María Córdoba” de esa organización, donde se destacaba al procesado Martín Cruz Vega, alias "Rubín o Morro”, al frente de 240 hombres con impacto subversivo en el Departamento de Risaralda, municipios de Mistrató, Pueblo Rico, Quinchía y los corregimientos de Santa Cecilia Santa Ana e Irra, dentro de la comprensión del Risaralda, entre otros municipios y Departamentos.
* Con el informe No. 562749 DNCTI-DI-SAC-C-67 del 4 de octubre de 2010, se determinó el 4 de octubre de 2010 que el acusado se identificaba con la C.C. 83.025.508 expedida en Las Lajas -Colombia Huila- alias “RUBÍN”, hijo de Martin y María Rosa, nacido el 31 de octubre de 1959 en Planadas Tolima, y que era el máximo comandante del Frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC.
* En la diligencia de declaración de MYPP del 16 de septiembre de 2011, se aclaró que la misma entró a pertenecer a las filas revolucionarias de las FARC a partir del año 2002 o 2003 cuando desertó de las filas del ERG.
* José Euclides Alzate González, a. “Darío”, quien fue condenado por los delitos de desplazamiento y homicidio, rindió declaración el 20 de noviembre de 2014, donde expuso que había pertenecido por sendos lapsos al citado frente de las FARC, donde reconoció al acusado Vega Cruz, como comandante de dicho frente desde el año 2000, siendo un guerrillero de muchos años.
* Blanca Sonia Suárez condenada por homicidios de indígenas hizo parte de ese frente en el año 2000 donde era comandante el acusado.
* Igualmente Luis Horacio Medina López, quien fue condenado en primera instancia por “La toma a San Marino”, dijo que era conocido como alias “Fran” en ese frente, donde estuvo hasta el año 2007, que era comandado por a. “Rubín Morro”, quien para el 20 de noviembre de 2014 continuaba en esa organización e intervenía en los diálogos de paz.
* Para los años 2001 y 2002, que corresponde a época en que fue reclutada la menor MYPP, Martín Cruz Vega se desempeñaba como comandante de ese frente de las FARC, por lo cual debe responder por esa conducta ilícita.
* Con la documentación remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil se acreditó que MYPP, identificación No. 1026551693 , nació el 02 de noviembre de 1985, lo que demuestra que para el año 2002 contaba con menos de 18 años.
* Por esa razón el Juzgado Primero de Menores de Pereira, le otorgó la protección que requería por su condición de menor de edad y por su entrega voluntaria y desmovilización, acto en el cual narró con detalles los pormenores de tiempo, modo y lugar en que fue reclutada por las FARC, y las circunstancias que le permitieron enterarse de que su comandante era conocido como alias "Rubín o Morro”.
* Lo narrado por la víctima se acompasa con lo dicho por los testigos antes mencionados, quienes pertenecieron a la guerrilla de las FARC y dieron cuenta que desde el año 2000, el comandante del Frente Aurelio Rodríguez de las FARC era el mismo “Rubín Morro”, lo que concuerda con la época en que MYPPfue reclutada.
* La antijuridicidad del comportamiento investigado está determinada por la violación de los derechos de las personas que se encuentran protegidas por el DIH, dentro de las cuales se encuentran los menores de edad en razón del carácter prevalente de sus derechos. Además el reclutamiento de menores de edad es un delito pluriofensivo, que atenta contra los derechos fundamentales de aquellos enlistados en el artículo 44 de la Carta Política y en los tratados internacionales de derechos humanos.
* A la menor se le vulneraron sus derechos fundamentales, ya que al ser incorporada al grupo subversivo se afectaron sus condiciones de vida, porque fue alejada de su familia, no tenía adecuadas condiciones de alimentación en el grupo guerrillero, ni podía educarse. Además se afectaron sus derechos a la libertad personal y la libertad de locomoción, al estar bajo el mando de los cabecillas de ese grupo. Igualmente la menor se vio obligada a acudir a las filas guerrilleras de las FARC en protección a su vida, porque había desertado de otro grupo insurgente, lo que fue aprovechado por los integrantes del frente “Aurelio Rodríguez”, para reclutarla, por su estado de necesidad. Fuera de lo anterior, la vida de la menor se puso en riesgo al verse involucrada en combates. Estas situaciones permiten establecer claramente la antijuridicidad formal y material de la conducta punible atribuida al procesado.
* Los testimonios recibidos, en especial el testimonio de la joven reclutada, demuestran que Martín Cruz Vega fue mando principal del Frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC. Los demás testigos igualmente pudieron acreditar esa condición, en razón de su situación especial, al estar condenados por delitos relacionados con la subversión, lo que permite dar fe a la ciencia de sus dichos en ese sentido.
* Como la conducta punible que se investigó sólo admite la modalidad dolosa, se determina que Martín Cruz Vega tenía pleno conocimiento de la ilicitud de la conducta y quería su realización, por lo cual dio órdenes para que personas que estaban bajo su mando reclutaran niños, o en su defecto permitió o toleró el ingreso de la víctima y, por tanto, actúo con dolo.
* De lo anterior se colige, que la conducta por la que fue acusado el señor Cruz Vega es típica, antijurídica y culpable, por lo cual debe ser sentenciado por el delito de “Reclutamiento ilícito” que tiene el carácter de delito permanente, ya que involucra múltiples violaciones de los Derechos Humanos, como se dijo en el caso “Thomas Lubanga Dyilo”, según doctrina pertinente citada en el fallo de primer grado.

En consecuencia en la parte resolutiva de la sentencia de primer grado se dispuso lo siguiente: i) se impuso una condena al procesado de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de $199.200.000.oo, como responsable del delito de “reclutamiento Ilícito” (artículo 162 del C.P.), consumado en contra de la menor MYPP; ii) se le fijó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal; iii) no se le concedió a Martín Cruz Vega el subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena, por prohibición legal y; iv) se fijaron perjuicios morales en favor de la víctima por el equivalente a veinte (20) SMLMV para la fecha de la terminación del hecho.[[8]](#footnote-8)

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

* 1. Defensora (recurrente)
* El juez de primer grado consideró que MYPP, no había alcanzado su mayoría de edad para la época en que supuestamente ingresó a las FARC; que era cierto que el acusado Cruz Vega pertenecía a ese grupo como comandante; que en tal virtud dio órdenes a las personas que estaban bajo su mando, para que reclutaran niños, que permitió y toleró el ingreso de la víctima y que por lo tanto su actuar fue doloso.
* De lo expuesto por los testigos se deduce que a. “Rubín o Morro” tenía un grupo de muchos hombres, de lo cual se puede inferir que no tenía un control estricto sobre las más mínimas actuaciones de cada uno de estos, ya que es sabido que dentro de esos grupos existen otros comandantes de mayor y menor jerarquía que éste, lo que impide tener un control minucioso y pormenorizado de la voluntad y la actuación de sus integrantes.
* En consecuencia resulta posible aducir que se pudieron presentar situaciones que escaparan al conocimiento directo del jefe del grupo, por lo cual no se prueba que efectivamente la actuación de ese tercero obedeció a una orden clara y expresa de quien ejerce el mando, no habrá lugar a derivar responsabilidad respecto al acto que se ejecuta.
* En ningún momento se manifestó que el ingreso concreto de la joven MYPP a las filas de las FARC hubiera sucedido, directamente por la actuación del sentenciado, o que este hubiera ejecutado directamente la acción de reclutamiento; a lo mejor nunca se enteró de esa la situación concreta, o de haber conocido a la joven MYPP, necesariamente hubiera obtenido prueba de la edad de la joven para ese momento.
* En razón de los derechos a la defensa y al debido proceso, se debió procurar que el señor Cruz Vega se enterara del proceso que se tramitaba en su contra, para que ejercitara su defensa de la manera más conveniente, ya que a través de los medios de comunicación se sabía que este ciudadano hacía parte de las mesas de diálogos de paz, tema de alta publicidad dentro del país, por lo que el Estado pudo haber agotado todos sus recursos para procurar que tuviera conocimiento de esta actuación.

Por lo tanto solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y se absolviera al procesado.

**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 condenó al señor Martín Cruz Vega por la conducta de “reclutamiento ilícito” de la cual fue víctima MYPP, en el año 2.000 y que se prolongó hasta el 14 de agosto de 2003 cuando la joven MYPPque para ese momento tenía diecisiete (17 ) años de edad, se presentó en las instalaciones del Batallón “San Mateo” de esta ciudad, afirmando que pertenecía al grupo insurgente FARC, frente “Aurelio Rodríguez” y anunció su propósito de desmovilizarse.

**6.3 Consideración inicial sobre la prescripción de la acción penal en el caso en estudio.**

6.3.1 En razón de la naturaleza del delito investigado, y a lo dispuesto en el artículo 83 del C.P. es necesario decidir previamente si en el caso *sub examen* ha operado la prescripción de la acción penal para lo cual se hace el siguiente análisis.

6.3.2 El primer inciso del artículo 83 del C.P. en su establece lo siguiente: *“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al del máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) años, salvo lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo...”*

El artículo 84 *ibídem,* establece lo siguiente: *“...En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que sólo alcancen el grado de tentativa, el término empezará a correr desde la perpetración de último acto.”.*

6.3.3 En atención al principio del *tempus regim actum,* y como la conducta de reclutamiento ilícito de la menor MYPP cesó el 14 de agosto de 2003[[9]](#footnote-9), no le era aplicable el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Por lo tanto la sanción penal oscilaba entre 6 y 10 años y multa de 600 a 1.0000 SMLMV, como se dedujo correctamente en el fallo de primera instancia.

6.3.4 En ese orden de ideas, como el proceso contra el señor Martín Cruz Vega fue calificado con resolución de acusación por el delito de “reclutamiento ilícito” el 19 de diciembre de 2014[[10]](#footnote-10) y esa decisión quedó en firme el 24 de abril de 2015, para esa fecha ya habían transcurrido diez (10) años que era el máximo de la pena a imponer para ese delito de acuerdo a la pena original prevista en el artículo 162 del C.P., por lo cual se puede plantear que en el interregno entre el 14 de agosto de 2003 cuando cesó la conducta de “reclutamiento ilícito”, al 24 de abril de 2015 no se presentó ninguna actuación que interrumpiera la prescripción de la acción penal que era precisamente la resolución de acusación o su equivalente ejecutoriada, como sucede en el esquema de la ley 600 de 2000, lo que en principio obligaría a declarar ese evento extintivo de la acción pena, con base en lo dispuesto en el primer inciso del artículo 83 del C.P.

6.4. Sin embargo la Sala considera que es posible acudir a una decisión distinta, con base en las siguientes argumentos:

6.4.1 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 MYPP.

6.4.2 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)*

6.4.2 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 “*

6.4.3 Para el 14 de agosto de 2003, cuando se produjo la entrega voluntaria a la autoridades de MYPP, quien para ese entonces tenía 17 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 Corte Penal Internacional”, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

6.4.4 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.”*

6.5 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;”*

6.5.1 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)*

*(...)”*

6.5.2 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 sob*re *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)

6.6 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”.*

6.7 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.

6.7.1 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 delit*o *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.*

6.7.2 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” .*

6.7.3 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 imprescriptibilidad de la acción penal (que no se extiende a la pena según la sentencia C-580 de 2002 de la Corte Constitucional).

6.8 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.

6.8.1. 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)

6.8.2 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 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...”.*

6.8.3 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 aprobadopor la Ley 742 del 5 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial el 7 de julio de 2002, (es decir mientras la joven MYPP 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...”.* (Subrayas ex texto) ´

Por lo tanto, siguiendo lo manifestado en el precedente antes citado, no se declarará prescrita la acción penal en el presente caso, pese a que la providencia que calificó el proceso contra Martín Cruz Vega por la conducta de “reclutamiento Ilícito”, hubiera adquirido ejecutoria cuando habían transcurrido más de 10 años (que era la pena máxima para ese delito para la fecha de los hechos), ya que se entiende que el término de prescripción para esa conducta punible sería de 30 años.

**7. Solución al caso concreto:**

7.1 En el caso en estudio, el Fiscal 12 Especializado DNDH –DIH, formuló acusación el 19 de diciembre de 2014, contra el procesado Martín Cruz Vega, integrante de las FARC, por la conducta punible de “reclutamiento ilícito” de la cual fue víctima MYPP, cuando contaba aproximadamente con 14 años de edad.

En la misma providencia se expuso que en ese caso se presentaron dos eventos de reclutamiento de la citada menor, ya que inicialmente fue enlistada en el grupo “Ejército Revolucionario Guevarista” (ERG) y luego de desertar de las filas de esa agrupación, fue recibida en el frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, hecho a partir del cual se estructuró la acusación contra Martín Cruz Vega por la violación del artículo 162 del C.P. ya que era el comandante de ese frente, lo cual lo hacía responsable de los actos de sus subalternos en lo relativo a la incorporación de la citada menor a ese grupo insurgente, y por ende 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.

En ese sentido se consideró que el frente “Aurelio Rodríguez “ de las FARC era un organismo de carácter político militar, organizado jerárquicamente, en el cual se imponían claras disciplinas y roles y que el acusado Martín Cruz Vega, conocido como “Rubín Morro” fue mencionado por la víctima como uno de los comandantes de ese grupo subversivo, con poder de mando dentro del mismo, por lo cual resultaba posible predicar su responsabilidad en los hechos, como “...*como autor mediato del delito de Reclutamiento Ilícito, en la persona de MYPP, según hechos registrados a finales del 2000 en la vereda Piedra Adentro del corregimiento de Santa Cecilia (Risaralda)”:[[11]](#footnote-11)*

7.2 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 la entrevista rendida por la menor MYPP ante el Juzgado 1º de Menores, luego de su desmovilización, que se produjo el 14 de agosto de 2003, cuando manifestó que inicialmente había ingresado al ERG a instancias de a. “Romaña” y que luego ingresó a las FARC, para protegerse de ese individuo[[12]](#footnote-12).

Esa información fue complementada con la declaración que entregó la joven MYPP el 16 de septiembre de 2011 ante el CTI de La Virginia, donde expuso que luego de ingresar al ERG, en el año 2003 desertó de ese grupo y se fue para las FARC, donde las recibió “Guillermo N.”, que era el comandante del frente 57 de ese grupo, indicando que: “...*en las FARC el comandante máximo era alias Morro o Rubín y era quien tomaba las decisiones”.[[13]](#footnote-13).*

Por su parte en la fase instructiva se obtuvo el testimonio de José Euclides González Alzate, desmovilizado de las FARC, quien dijo haber pertenecido al frente “Aurelio Rodríguez” de esa organización, manifestando que: “*Rubín es comandante del frente Aurelio Rodríguez desde el año 2.000...sé que el nombre MARTÍN CRUZ, es un guerrillero que lleva muchos años porque cuando él llegó al “Aurelio Rodríguez” venía de bloque “José María Córdoba”.* Al ser preguntado sobre si había algún guerrillero que se dedicara específicamente a los actos de reclutamiento manifestó: *“...eso le daban órdenes a todas las comisiones, de un plan de trabajo, de organización de masas, de reclutamiento , de conformar milicias, entonces siempre es la orden de todas las comisiones y de financiarse... (...) la cabeza en el Aurelio Rodríguez era Rubín o Morro y el reparte las órdenes a sus comandantes de guerrilla para abajo…”[[14]](#footnote-14)*

Por su parte Blanca Sonia Bueno Suarez quien también ostentaba la calidad de desmovilizada de las FARC, confirmó que *“Rubín alias Morro”*, dirigió el mencionado frente de las FARC desde el año 2000 y agregó que: *“...Yo hasta donde sé, siempre se les comunicaba a los comandantes que tantas personas estaban pidiendo ingreso y después se reportaba que los habían reclutado…”.[[15]](#footnote-15)*

Estos testimonios fueron complementados con lo expuesto por otro desmovilizado de las FARC, como el señor Luis Horacio Medina López, quien dijo haber pertenecido al mismo frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC hasta el año 2007, quien reiteró que “Rubín Morro” (Martín Cruz Vega ) asumió la comandancia de ese frente desde el año 2000 y al ser preguntado sobre las políticas de reclutamiento de esa organización expuso: *“...Pues siempre eran los comandantes de la organización, los que salen a la política a la población civil (...) Cuando había comisión, se reunía la Dirección del Frente y tomaban las decisiones y para mandar alguna comisión para alguna parte y llamaban a los mandos medios y les daban las instrucciones y a su vez ellos daban las órdenes a sus unidades...”,* agregando que los comandantes de frente: *“eran los que se reunían a tomar las decisiones de lo que fueran a hacer.”.*

7.3 Se incorporó prueba documental al expediente, como el informe de inteligencia del 24 de octubre de 2008 la Policía Nacional, donde se señala a Martin Cruz Vega, como comandante del frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, con influencia en el Departamento de Risaralda, municipios de Pueblo Rico y sector de Santa Cecilia[[16]](#footnote-16), y otros documentos donde se reporta la misma información[[17]](#footnote-17).

7.4 Además se identificó debidamente al procesado Martin Cruz Vega, con la C.C. 83.025.508 expedida en Colombia, Huila.[[18]](#footnote-18)

7.5 La Sala debe precisar que en la audiencia de juzgamiento que se realizó el 20 de octubre de 2015 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, 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 del procesado Martin Cruz Vega a. “Rubín Morro” se centran específicamente en los informes de inteligencia referidos y en lo que dijeron los testigos MYPP(víctima) y José Euclides González Alzate, Blanca Sonia Bueno Suárez y Luis Horacio Medina López, en lo relativo al ingreso al frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC de la joven MYPP, durante la época en que dicho frente estaba bajo las órdenes del procesado Martin Cruz Vega.

7.6 Al respecto y frente a la argumentación central de la recurrente, en el sentido de que su representado no tenía el control de las actividades de todas las personas que se encontraban bajo su mando, debe decirse que en este caso era posible aplicar la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, como las FARC, ya que se entiende que las personas que permitieron el ingreso a citado frente de la menor MYPP, actuaban siguiendo los lineamientos de sus superiores, entre los cuales se destacaba el señor Cruz Vega, como máximo comandante del frente “Aurelio Rodríguez”, para la fecha de ingreso de la menor a esa organización, luego de desertar del ERG, 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.

7.7 En ese sentido es necesario hacer las siguientes precisiones sobre los alcances del concepto de “autoría mediata” y “coautoría por cadena organizada de mando” siguiendo la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, en la cual se ha expuesto lo siguiente:

7.7.1 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.”*

7.8 En ese orden de ideas la teoría de la autoría mediata estricta no resultaría satisfactoria para resolver el caso, ya que resulta evidente que Martín Cruz Vega a. Rubín Morro no actuó como una persona instrumentalizada que desconociera el carácter delictivo de la conducta de reclutamiento de la víctima, lo cual podría suceder a manera de ejemplo, 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.

7.9 Descartado el fenómeno de la autoría mediata estricta, hay que analizar entonces si la responsabilidad del acusado 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. Esto*s *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 En ese orden de ideas no queda duda de que el procesado en su calidad de máximo comandante del frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, permitió o toleró el reclutamiento ilícito de la menor MYPP, durante el tiempo que esta permaneció en ese grupo insurgente, ya que ese grado de mando dentro de esa organización subversiva fue probado con los testimonios antes referidos, incluido el de la víctima (ver apartado 7.2).

Además debe entenderse que dentro de la sistemática probatoria de la ley 600 de 2.000, los informes de Policía o de inteligencia, que fueron aducidos al proceso (ver apartado 7.1), tienen el carácter de prueba documental, de acuerdo al artículo 259 de ese estatuto y además se consideran como documentos públicos en atención a lo dispuesto por el artículo 251 del C. de P.C., por haber sido otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o de su intervención y por ello se concluye que es posible otorgarles veracidad a efectos de demostrar la pertenencia del acusado a las FARC y su condición de comandante del frente tantas veces citado.

7.11 Por lo tanto se considera que con las pruebas enunciadas se podía deducir la responsabilidad del procesado Cruz Vega, por el acto de reclutamiento ilícito de la menor MYPP, bajo la forma de coautoría por cadena de mando, como se dijo en el fallo recurrido, ya que se demostró plenamente que la víctima ingresó a esa organización, cuando el señor Cruz comandaba el frente “Aurelio Rodríguez” de las FARC, por lo cual se puede considerar que dentro del concepto de libertad probatoria que establece el artículo 237 de la Ley 600 de 2000 se contaba con suficientes elementos de juicio para dictar una sentencia condenatoria en su contra como responsable de 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.”*

7.12 En consecuencia esta Sala confirmará la primera instancia por considerar que en el caso *sub examen* se reunían las exigencias del artículo 232 de la ley 600 de 2000, para dictar una sentencia condenatoria contra el procesado por la violación del artículo 162 del C.P.

7.13 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre la cuantificación de la pena impuesta al procesado, ya que ese acápite del fallo no fue objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2016, del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apia, donde se condenó al ciudadano o Martín Cruz Vega por la conducta punible de “reclutamiento ilegal”.

SEGUNDO: 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**

1. Folios 430 a 444 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 458 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 491 Fe y vto. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 492 a 494 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 543 a 544 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 548 a 553 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 561 a 563 [↑](#footnote-ref-7)
8. Este acápite de la sentencia no fue objeto de recurso. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver folios 2 al 4. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 430 a 444 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 445 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 8 a 11 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 153 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 406 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 408 a 410 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 52 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 72 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 485y 490 [↑](#footnote-ref-18)