

**FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DE
JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA**



**WILSON ALEXIS MARTIN CRUZ
HOMERO SÁNCHEZ NAVARRO**

MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL

TUTOR TEMÁTICO

DOCTOR CARLOS ANDRÉS BERNAL CASTRO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCIÓN DE POSGRADOS

BOGOTÁ, D.C.

2014

CONTENIDO

	Página
Abstract	3
Introducción y metodología	4-5
Ámbito temporal y material de aplicación de la ley de justicia y paz en Colombia	5-13
La normatividad aplicables en el proceso de justicia y paz en Colombia	13-29
El caso de Alias JUANCHO DIQUE	29-33
La flexibilización del principio de legalidad frente al proceso de justicia y paz	34-40
La flexibilización del principio de legalidad frente al bloque de constitucionalidad	40-49
De las conclusiones	49-52
Referencias	52-56

FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA¹

Wilson Alexis Martin Cruz y Homero Sánchez Navarro²

RESUMEN

Se plantean los fundamentos teóricos jurídicos de uno de los temas de mayor controversia en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, el cual se relaciona con la flexibilización del principio de legalidad, en dicho proceso. En el análisis, se examina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, los aspectos normativos de la Ley de Justicia y Paz, el principio de legalidad en el orden constitucional y su correlación con el Bloque de Constitucionalidad y los tratados internacionales de derechos humanos aprobados por Colombia.

PALABRAS CLAVE: Ley de Justicia y Paz, Bloque de Constitucionalidad, principio de legalidad.

ABSTRACT

Legal theoretical foundations of one of the most controversial issues in the implementation of the Justice and Peace Law in Colombia, which is related to the relaxation of the rule of law in this process are discussed. In the analysis, the jurisprudence of the Supreme Court on the matter, the regulatory aspects of the Justice and Peace Law, the principle of legality in the constitutional order and its correlation with the Constitutional Bloc and international treaties under review human rights adopted by Colombia.

KEYWORDS: Justice and Peace Law, Constitutional Bloc, rule of law.

¹ Artículo de investigación realizado en la Maestría de Derecho Procesal Penal, de la Universidad Militar Nueva Granada.

² Candidatos a Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA

Introducción y metodología.

Para plantear la razonabilidad de la flexibilización del principio de legalidad en el proceso de Justicia y Paz en Colombia, en primer término se determina el marco temporal y material de aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, y se precisa a cuales de los hechos, atribuibles a los grupos armados al margen de la ley que se desmovilizaron con base en ella, se aplica; refiriéndonos en concreto a los grupos que conformaron las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, AUC.

Efectuado éste primer análisis, y a partir del marco temporal de los hechos atribuibles a las AUC, se analizan las normas sustantivas aplicables a conductas delictuales de los paramilitares, y para ello se hace un examen respecto a la naturaleza jurídica de sus crímenes, en razón al hecho que sus actos atentaron contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Corolario de lo anterior, se examina en lo pertinente la discusión respecto a la existencia del conflicto interno y la naturaleza de crímenes de guerra y de lesa humanidad de los delitos atribuidos a los grupos paramilitares.

Posteriormente se plantea un estudio de caso, con el primer antecedente sobre la flexibilización del principio de legalidad en el proceso de justicia y paz, referido a las masacres ejecutadas por los paramilitares en Colombia, antes de vigencia de la Ley 599 de 2000.

En este punto, se hará referencia al hecho, que las AUC, eran sólo uno de los cinco grupos armados ilegales que operaban dentro del conflicto interno, en la región de los Montes de María, y en ese sentido, la argumentación y fundamentación que se observa en el caso en análisis, es predicable de los otros actores armados, en el caso que se acojan a las reglas previstas en el “Marco Jurídico para la Paz”.

Con base en la imputación fáctica de los hechos que detallan en el caso en estudio, y teniendo en cuenta la fundamentación de la Corte Suprema de Justicia, se discute la razonabilidad jurídica de la flexibilización del principio de legalidad, en el proceso de justicia y paz.

Para ello, se plantea la vigencia en el ordenamiento interno, de las normas de derecho internacional que conforman del Derecho Internacional Humanitario, que han sido debidamente adoptadas por Colombia y se examina la incidencia en el proceso de justicia y paz del denominado Bloque de Constitucionalidad.

Finalmente se presentan unas conclusiones sobre el tema en discusión, en defensa de la flexibilización del principio de legalidad, en forma concreta para el proceso especial de justicia y paz en Colombia, pero advirtiendo, como ya se dijo, que sus reglas y fundamentos también resultan aplicables al proceso que se adelante con los grupos armados que se acojan a las reglas del “Marco Jurídico para la Paz”.

Ámbito temporal y material de aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia.

En Colombia la Ley 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz, se estableció con tres objetivos fundamentales, el primero de ellos era el de facilitar los procesos de paz en Colombia; el segundo fue el facilitar la reincorporación individual o

colectiva, a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley; y el último de ellos era el garantizarle a las víctimas los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (Ley 975/05).

Para tal efecto la Ley de Justicia y Paz, precisó el concepto de grupo armado organizado al margen de la ley; en el cual, se comprende tanto los grupos que conformaban las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, como los grupos guerrilleros que se desmovilizaran en virtud de la misma; advirtiendo que nos referiremos específicamente a los primeros, por ser ellos, sobre los cuales se establecieron los primeros antecedentes jurisprudenciales, sobre el tema que se aborda.

De manera adicional, la Ley 975 de 2005, sujetó su interpretación y aplicación (Art. 2, Ley 975/05), tanto en las fases de investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales, al hecho que únicamente era aplicable a las personas vinculadas a los grupos armados ya mencionados, pero advirtiendo que tal aplicación solo se podía realizar respecto de los hechos delictivos que se cometieran durante y con ocasión de la pertenencia a estos grupos armados organizados al margen de la ley.

Igualmente, se previó que la interpretación y aplicación de la Ley de Justicia y Paz se debía realizar de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el ámbito temporal hay que señalar que la fecha del 25 de julio de 2005, se tiene establecida como límite en dos aspectos; por un lado es la fecha en la que empezó a regir en Colombia la Ley de Justicia y Paz, conforme al examen efectuado por la Corte Constitucional (C. Constitucional. C-1119/08).

Por el otro, fue la primera fecha límite respecto a los hechos, a los que les era aplicable dicha normatividad, en el sentido que en el proceso de Ley de Justicia y Paz, sólo se podían conocer los hechos cometidos hasta el 25 de julio de 2005.

Ello, implicaba que solo se podían considerar dentro del proceso especial de Justicia y Paz, los hechos cometidos por los miembros desmovilizados de las AUC, postulados, hasta dicha fecha.

La Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. P. 30999/09), en el caso del desmovilizado OMAR ENRIQUE MARTÍNEZ OSSIAS, alias “Maicol” o “Luís”, del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, examinó claramente los temas de la vigencia de ley en el tiempo y el ámbito material de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, y en forma específica señaló que la primera se relaciona con la fecha desde la cual empezó a regir la ley y la segunda es la fecha máxima hasta la cual se entendían amparados los hechos a la cuales se les aplica dicha normatividad.

El tema de la fecha límite dentro de la cuales se encuentran los hechos, cometidos por los grupos paramilitares que se acogieron a la Ley de Justicia y Paz, no ha sido un tema pacífico, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 30999 de 2009, aclaró al respecto, que:

“la vigencia de la ley inicia, como lo dispuso expresamente el Legislador en el artículo 72 “...a partir de la fecha de su promulgación”, acto que se cumplió en el diario oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005; entonces lo que percibe la Sala es una grave confusión en el impugnante sobre los temas de la vigencia de la ley en el tiempo y su ámbito material de aplicación que son aspectos diferentes, pues mientras el primero está referido al término a partir del cual comienza a regir la ley, el segundo consagra un plazo hasta el cual quedan cobijados los hechos con el beneficio de alternatividad, fecha que por

elementales razones de sentido común no puede ser ulterior a la vigencia de la ley so pena de caer en el absurdo de condonar crímenes futuros, lo que resulta inadmisibles a la luz de la Constitución Política y los estándares internacionales sobre derechos humanos.”

Con base en éste criterio, los hechos amparados por la Ley de Justicia y Paz, sólo son aquellos cometidos por las AUC, antes de la expedición de la Ley 975 de 2005, es decir el 25 de julio de 2005; dicho criterio sin embargo, no ha estado exento de controversias y conflictos, en razón al hecho que en la práctica varios grupos paramilitares se desmovilizaron, en fecha posterior al 25 de julio de 2005.

Esta situación, generaba el siguiente problema; si un grupo paramilitar se desmovilizó el 31 de diciembre de 2005, y hasta esa fecha cometieron delitos, ello significaba que los delitos anteriores al 25 de julio de 2005, quedaban amparados en Justicia y Paz, pero aquellos cometidos entre el 25 de julio de 2005 y la fecha de desmovilización, en el ejemplo del 31 de diciembre de 2005, no estaban cobijados por los beneficios de alternatividad de la ley de Justicia y Paz.

Esta es una de las situaciones importantes que la Ley 1592 de 2012 modificó, ya que al abordar en el tema de la temporalidad, amplió el marco de aplicación hasta la fecha de la desmovilización del bloque paramilitar respectivo, estableciendo que en todo caso, el límite máximo sería el 31 de diciembre de 2012.

Si bien, el caso de Alias JUAN DIQUE, que nos ocupa, obedece al primer criterio de la Corte Suprema de Justicia, es decir está referido a hechos anteriores al 25 de julio de 2005, la precisión sobre la aplicación temporal de norma es importante y debe tenerse en cuenta; así como el hecho que la Ley 1592 de 2012, adicionó el hecho que en el ámbito de aplicación de la ley, se aplicarían criterios de priorización (Art. 1, Ley 1592/12).

Sin desligarnos del tema en análisis, sobre el particular habrá que señalarse que artículo 13 de la Ley 1592 de 2012, adicionó a la Ley 975 de 2005, el artículo 16A, en el cual fijó los criterios de priorización de casos.

Lo hizo, estableciendo que el Fiscal General de la Nación, para el ejercicio de la acción penal podría, determinar unos criterios de priorización, a efectos de establecer los patrones de macro criminalidad, que fueran identificables en el actuar de los grupos armados ilegales a quienes les es aplicable dicha norma.

El establecimiento de los patrones de macro criminalidad, tiene dentro de sus finalidades, identificar el contexto en el que actuaron estos grupos, así como las causas y los motivos de sus conductas.

Con base en dicha disposición, el Fiscal General de la Nación emitió la Directiva 001 de octubre 4 de 2012 (F. General. D-001/12), por medio de la cual adoptó unos criterios de priorización y creó un nuevo sistema de investigación penal y de gestión para estos casos en la Fiscalía General de la Nación.

Se refiere, la mencionada directiva, que por criterio de priorización, debe entenderse el establecimiento de parámetros lógicos que sirvan “para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos administrativos y logísticos.”

Establece el Fiscal General de la Nación, que la política de Priorización busca alcanzar los siguientes fines:

“1.Seguridad ciudadana. La posibilidad de asociar casos, a partir de la identificación de elementos comunes, permite combatir de manera más

efectiva la criminalidad organizada.

2. Conocimiento del contexto de conflicto armado. La construcción de los escenarios delictivos en todas sus dimensiones es necesaria para abordar procesos de justicia transicional.

3. Legitimidad y eficacia en la administración de justicia. La racionalización de los recursos de la Fiscalía General de la Nación permite que se administre justicia con eficacia y transparencia hacia la ciudadanía, lo que a su vez posibilita reducir la impunidad.

4. Atender las exigencias de la sociedad civil. Los representantes de los distintos sectores de la sociedad han planteado la necesidad de estudiar la criminalidad en su contexto, para así desarticular de manera más efectiva a los grupos que vulneran gravemente los derechos humanos y que atentan contra sus defensores y defensoras.”

Para cumplir estos fines se requirió que la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz presentará un “Plan de Acción”, para cumplir en la vigencia del 2013, tales objetivos.

En cumplimiento de ello, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz presentó un “Plan de Acción de 2013” (F. General. Plan de acción 2013), en el cual dispuso:

“1. Adelantar investigaciones contra 14 postulados miembros representantes de los Grupos Armados Organizados al margen de la ley y máximos responsables de los crímenes de sistema, representados en delitos de lesa humanidad, de guerra y contra el D.I.H., perpetrados de manera directa o por

los integrantes bajo su mando en cumplimiento de las políticas y directrices trazadas por aquellos.

2. Adelantar investigaciones respecto de los postulados por delitos de Desaparición Forzada, Desplazamiento Forzado, Secuestro, Reclutamiento Ilícito, violencia basada en género y aquellos hechos que en las regiones ocasionaron mayor conmoción por la gravedad y barbarie en que fueron cometidos o por la representación social, política e institucional de las víctimas, tratándose de líderes sociales, políticos, periodistas, sindicalistas, defensores de derechos humanos y servidores públicos.”

La Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, pretende que la priorización de casos permita avanzar el proceso de Justicia y Paz, a través del establecimiento de los patrones de macrocriminalidad que identifiquen el actuar de los grupos armados a quienes se les aplica, de forma que tal que los patrones y el contexto que se verifique de su actuar permita, facilitar la investigación y el juzgamiento de la mayoría de sus conductas.

Ahora, siguiendo con el tema central que nos ocupa, como se advirtió la Ley 1592 de 2012, en el tema de la temporalidad, amplió el marco de temporalidad a la fecha de la desmovilización, estableciendo como límite máximo el 31 de diciembre de 2012 (Art. 36, Ley 1592/12).

Sin embargo, la introducción de tal modificación, dada su reciente expedición, aún no ha sido examinada, ni por la Corte Constitucional, ni por la Corte Suprema de Justicia, que en su momento se ocuparon del ámbito temporal previsto originalmente en la Ley 975 de 2005.

Ahora bien, para el tema que nos ocupa, es decir el estudio de caso, de Alias Juancho Dique, como ya se advirtió, el mismo se presentó y resolvió con el criterio

inicial de la Corte Suprema de Justicia, es decir con la fecha límite del 25 de julio de 2005, en razón al hecho que se ajustaba a la temporalidad de la Ley 975 de 2005, habida cuenta que la desmovilización del Bloque Montes de María de las AUC, se realizó el 14 de julio de 2005.

Establecida la fecha límite, hasta la cual se consideran cobijados los hechos atribuibles a las AUC, la Ley de Justicia y Paz, requirió precisar otro límite temporal, relacionado con la necesidad de determinar: ¿Desde cuándo se entendían ocurridos los hechos realizados por los grupos ilegales organizados al margen de la ley desmovilizados?; todo ello, a efecto de determinar con precisión los hechos a los cuales les era aplicable dicha normatividad.

Al respecto el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, al examinar el contexto histórico del conflicto armado colombiano, determinó el límite temporal inicial; lo hizo, al ubicar el nacimiento del fenómeno paramilitar en Colombia, en la década de los ochenta. Pero adicional ello, en la misma decisión, el Tribunal definió el perfil delictivo de las AUC, en los siguientes términos:

“El surgimiento de lo que posteriormente se conocerá como el fenómeno paramilitar, requiere primero, partir de la claridad que este actor surge fruto de unas causas determinadas y con unas características muy precisas, pero a medida que el proceso de expansión y consolidación nacional se desarrolla, los factores que permiten ese crecimiento, cambian al actor, hasta remodelarlo y redefinirlo. En general, la Sala encuentra que el surgimiento de los grupos de autodefensa de la región del Magdalena Medio y de Córdoba, tuvo un importante carácter anti subversivo y anti comunista; pero a partir de su extensión por el territorio nacional, el actor paramilitar fue desarrollando alianzas económicas que lo reconfiguraron como un actor que regulaba la administración de la criminalidad común -incluido prácticas de limpieza social-; la pacificación de relaciones laborales, agrarias, o políticas en regiones fuertemente ideologizadas; la

expansión de la frontera agrícola a territorios rurales que antes de la llegada paramilitar no participaban de las lógicas de la economía de mercado y que con la expulsión o desplazamiento empieza a hacerlo; el desarrollo de una alianza con sectores económicos legales e ilegales -grupos narcotraficantes, contrabandistas, traficantes de armas- con el fin de garantizar la normalidad y la seguridad en el proceso de extracción de la riqueza” (T. Superior de Bogotá. P.200782701/11).

De acuerdo con lo anterior, se estableció el marco temporal de los hechos que se podían conocer en el proceso de Justicia y Paz, entre los inicios de los años ochenta y el 25 de julio de 2005, y se determinó el perfil delictivo de los grupos paramilitares. Sin embargo efectuada esta precisión por el Tribunal, se planteó otro interrogante, relacionado con: ¿Cuáles eran las normas sustantivas aplicables en el proceso de Justicia y Paz?

La normatividad aplicable en el proceso de Justicia y Paz en Colombia.

El marco temporal mencionado, nos permite a simple vista ubicar hechos delictivos de las AUC, durante la vigencia del Código Penal adoptado mediante el Decreto Ley 100 de 1980 (Decreto Ley, 100/80) y el de la Ley 599 de 2000(Ley 599/00).

Sin embargo, el examen no solo es normativo, en dicho lapso, se promulgó una nueva Constitución Política en Colombia, y en ella, se elevó a rango constitucional los tratados ratificados por Colombia, relacionados con los derechos humanos; situación que exigió en el país una nueva forma de interpretar las normas relacionadas con ellos.

En forma paralela, alrededor de la normatividad aplicable al proceso de Justicia y Paz, se plantearon sobre éste particular dos interrogantes de carácter fundamental, para entender el proceso; aspectos que se relacionan entre sí; uno

de ellos, el relacionado con el concepto de conflicto interno y el otro, con la naturaleza jurídica de los crímenes atribuibles a las Autodefensas Unidas de Colombia.

La controversia suscitada alrededor de la existencia o no del conflicto interno, se superó desde cuatro fuentes distintas, a saber: i) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; ii) los antecedentes de la Ley 599 de 2000; iii) los antecedentes de la Ley 975 de 2005; y, iv) los tratados ratificados por Colombia en relación con los derechos humanos (C. Suprema de Justicia. S.29753/10).

La inclusión en la Ley 599 de 2000, del Título II capítulo único: “Relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, obedeció al hecho que la jurisprudencia había ya para la fecha reconocido la existencia del conflicto interno y ello fue determinante en la inclusión en el Código Penal, de estos tipos penales, en los cuales uno de sus elementos, es su realización con ocasión y en desarrollo de conflicto armado.

Éste desarrollo legal, debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta y la prevalencia en el orden interno, de los tratados ratificados por Colombia en relación con los derechos humanos y así está registrado en la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000(Proyecto-Ley 40/98), proyecto presentado por el Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez para la expedición del actual Código Penal.

Igualmente, en los antecedente de la Ley 975 de 2005, se abordó el tema del conflicto interno³, se expuso: *“En el estudio de los proyectos de ley objeto de esta ponencia es importante aclarar que el objeto de estas iniciativas es poner fin*

³ Colombia. Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 77 del 7 de marzo de 2005.

al conflicto armado y no simplemente permitir la reincorporación de algunos miembros de grupos ilegales a la sociedad.”

Hay que señalar que la existencia del conflicto armado interno, depende en el orden internacional de la constatación de unos elementos objetivos; el Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR, realizó una interpretación acogida internacionalmente, del concepto de conflicto interno no internacional (CANI), y concluyó sobre la base de éste análisis, en una definición de lo que debe entenderse por Conflicto Interno no Internacional,; el CICR propone la siguiente definición, que refleja la opinión jurídica que predomina actualmente, así:

“...Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado Parte en los Convenios de Ginebra. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima”⁴.

La Corte Constitucional (C. Constitucional.C291/07), sobre el particular dijo:

“El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: ‘Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Dictamen del CICR, Documento de opinión, marzo de 2008, ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?

sujetas al Derecho Internacional Humanitario' [sentencia del caso Tadic, par. 562]. (...). En consecuencia, un cierto grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado (...). Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema”.

De otro lado la Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. S29753/10), ha reconocido la existencia de un conflicto armado en el país, al momento de interpretar el elemento normativo “...con ocasión y en desarrollo de conflicto armado...”, del título relacionado con los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario -DIH.

En éste punto, es pertinente referir que el concepto de Conflicto Interno en Colombia, ha sido abordado y decantado en forma amplia por la jurisprudencia, de la cual seguiremos la tesis y las fuentes de orden internacional, que la Corte Constitucional, en la sentencia C-291 de 2007 (C. Constitucional. C-291/07), fijó en el examen de constitucionalidad de los artículos 135, 156 y 157 de la Ley 599 de 2000.

En dicha decisión se realizó un amplio y detallado estudio sobre el tema, e inclusive se adoptó como definición del concepto de “*conflicto armado*” para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, en Colombia, la siguiente:

“La naturaleza voluble de los conflictos armados actuales⁵ ha llevado a la jurisprudencia internacional a definirlos como “el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado”:

⁵ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.

Sin embargo, tal precisión conceptual ha sido fruto de amplios debates, a raíz del hecho que la precisión que existe en el orden internacional para determinar los parámetros y normas que rigen a los conflictos armados de orden internacional, no son predicables de los conflictos armados internos. Principalmente, por que era necesario conceptualizar, cuando se trataba de un conflicto y cuando sólo se estaba frente a actos de terrorismo o de delincuencia organizada. Ello, explica, el adjetivo “prolongada”⁶ que se observa en la definición, y que busca diferenciar el conflicto interno, de los “disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados”.⁷

Esta definición además está conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Adicional II sobre su “ámbito de aplicación material”, en el cual se dispuso, que el mismo se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Hay que señalar que el Protocolo Adicional II, prevé elementos que se han prestado para amplios debates, por cuanto si bien siguiendo la definición y acorde con ella, establece que no se aplica a actos aislados de violencia, por otro lado establece para diferenciarlos, distintos elementos, como son que el conflicto se desarrolle entre las fuerzas armadas de un país y fuerzas armadas disidentes, o grupos armados organizados que tengan: una dirección de un mando; el control de una parte del territorio y que estén en capacidad de realizar y sostener operaciones militares.

⁶El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia usa el término “*protracted*”, en la versión inglesa de las sentencias.

⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 17 de diciembre de 2004; **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005; y **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

El concepto de conflicto interno a su vez, se abordó en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, mantiene la línea que no aplica a actos aislados de violencia; el artículo 8(2) (f), el párrafo 2(e) de dicho tratado, establece un concepto más preciso, y refiere se aplica “cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

Es de observar que la definición del Estatuto de Roma prescinde de los elementos de mando y control territorial fijados en el Protocolo, y avanza en el elemento de la prolongación del conflicto, en consonancia con la definición adoptada por la Corte, y más cercano a la realidad del conflicto interno en Colombia.

En similares términos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que las normas que se aplican a los conflictos internos no son predicables de los actos de violencia aislados o esporádicos. Señala la Comisión que para distinguir tales actos del concepto de conflicto armado, se debe observar la gravedad de la situación y la prolongación o duración de la violencia, en las que normalmente las autoridades del país, requieren en algunos casos de las fuerzas armadas, para reestablecer el orden interno. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

En ese sentido, la Comisión, en consonancia con el CICR, concluye que la forma de diferenciar el conflicto interno de los actos aislados de violencia, es un estudio objetivo de los hechos, sobre éste particular dijo: “La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel "inferior", conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es

tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto.”⁸

Con ese criterio, la Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. S29753/10), determinó, que el análisis sobre el conflicto interno no puede hacerse en abstracto, sino observando las características de cada caso particular⁹, resaltando esencialmente dos elementos: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes.

Sin embargo el concepto de intensidad, ha generado debate, habida cuenta, que conlleva cierto grado de subjetividad por parte de quien realice el análisis, en ese sentido, en el ámbito internacional se han tomado como elementos para determinar el grado de intensidad de la confrontación interna: i) la seriedad de los ataques y el incremento en las confrontaciones armadas¹⁰; ii) la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo¹¹; y iii) el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas¹².

Ahora bien en relación al elemento de “*organización de los grupos enfrentados*”, se han establecido criterios como la existencia de cuarteles,

⁸Id.

⁹ Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha explicado que “la definición de un conflicto armado *per se* se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. [Traducción informal: “*The definition of an armed conflict per se is termed in the abstract, and whether or not a situation can be described as an “armed conflict”, meeting the criteria of Common Article 3, is to be decided upon on a case-by-case basis.*”] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del **Fiscal vs. Rutaganda**, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

¹⁰ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

¹¹ Ver, entre otros, los casos **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005

¹² Ver, entre otros, los casos **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005; **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas¹³, advirtiendo que en el caso del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, se aligeró la exigencia de tales elementos para considerar que dicho conflicto reunía las condiciones necesarias para considerarlo sujeto a las normas de carácter internacional que protegen al ciudadano en casos de conflicto armado interno.

En ese orden la conclusión de la Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. S29753/10), ha reconocido que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, para la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, existentes e independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados, aspecto que es consistente con la posición del CICR y la CPI quienes refirieron en forma primigenia en el Tribunal de la antigua Yugoslavia que la verificación de la existencia de un conflicto interno, no depende que así lo declaren las partes, sino que es el resultado del análisis concreto de la situación que se presenta en un país determinado.

Estos criterios también han sido referidos y adoptados por el Consejo de Estado (C. de Estado R19001233100020100019301/10), quienes asimismo han recabado sobre la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, en sede de tutela al resolver la vulneración de derechos fundamentales dentro del conflicto interno, afirmó:

“En nuestro ordenamiento jurídico es necesario conciliar el principio de la supremacía de la Constitución (artículo 4º) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales (artículo 93

¹³ Ver, entre otros, el caso **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

Ibídem), como los que consagran normas protectoras de los derechos humanos o declaraciones internacionales sobre los mismos, y en los casos de conflicto interno o externo, los que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH). Así, las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados. Existen varias disposiciones del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, como el "Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", promulgado en Ginebra el 8 de junio de 1977, incorporado a nuestro derecho interno mediante la Ley 171 de 1994, que establece en sus artículos 4° y 13, las garantías fundamentales y la protección de la población civil. Las anteriores disposiciones del Protocolo de Ginebra II hacen parte del "bloque de constitucionalidad", y así lo reconoció expresamente la corte Constitucional mediante sentencia C-225 de 1995."

En Colombia, en la primera década del siglo XXI, las más altas autoridades del país, sostuvieron el debate sobre la existencia, o no del conflicto armado interno, con un perfil e interés de carácter claramente político. Sin embargo, conforme a los argumentos ya citados, en el orden internacional, el tema estaba superado, en el sentido que no le correspondía a las partes en conflicto, la declaración del mismo o su aceptación. En ese sentido, las altas Cortes Colombianas siguiendo las pautas de orden internacional, concluyeron que la connotación y determinación de la existencia o no del conflicto interno en un país, no era una decisión de las partes, y por consiguiente que el Presidente de la República aceptara o no su existencia, no tenía la incidencia que se pretendía, por cuanto el reconocimiento sobre la existencia del conflicto interno, era una labor del operador judicial, juez o

fiscal, quienes al momento de aplicar las normas que protegen a las víctimas civiles en caso de conflicto interno, debían constatar la existencia de los elementos, ya aludidos y decantados en el orden internacional, los cuales una vez verificados, daban lugar a la declaración de la existencia del conflicto interno en Colombia.

Es por ello, que en el caso en estudio, el examen incluye tanto las normas de la Ley 599 de 2000 que desarrollan el elemento de “conflicto armado”, como lo previsto en la Ley 975 de 2005, que en su integridad, refiere el proceso de justicia y paz en Colombia, como un mecanismo para dar fin al conflicto armado que ha padecido Colombia en la últimas décadas.

Conforme a las anteriores citas normativas y jurisprudenciales, en Colombia la existencia de un conflicto interno, refiere aspectos verificados y declarados por el operador judicial, como es el caso de ALIAS JUANCHO DIQUE, en estudio.

Consecuente con ello, se debe analizar el tema de la naturaleza de los delitos cometidos por grupos de autodefensas en Colombia, el cual fue abordado por la Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. S32022/09), donde se estableció que tales delitos se pueden agrupar en cuatro categorías: i) delitos de lesa humanidad; ii) crímenes de guerra; iii) delitos contra el derecho internacional humanitario; y, iv) delitos comunes.

Sobre este particular es importante señalar que en Colombia, la Ley 742 de 2002 (Ley 742/02) mediante la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, nos refiere que debemos entender por crimen de lesa humanidad, así: " cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación

grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

Y se aclara que: “2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;...”

Igualmente la Ley 742 de 2002, nos refiere que se entiende por crímenes de guerra, para el caso que nos ocupa, las: “...e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la

paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”

En cuanto a los delitos que atentan contra el derecho internacional humanitario, en la sentencia C 148 de 2005 (C. Constitucional. C148/05), la Corte Constitucional al referirse a las normas del derecho internacional humanitario, señaló que:

“El derecho internacional humanitario comprende aquellas normas que tienen como objeto la humanización de los conflictos armados, procurando la protección de la población civil ajena a la confrontación y estableciendo límites a los procedimientos bélicos”

Para la Corte Constitucional, conforme a la sentencia C-148/05), las normas de derecho internacional relacionadas con los derechos humanos, prevalecen y son de obligatorio cumplimiento en el orden interno, en donde hay que señalar que dicha normatividad, incluye casi la totalidad del *ius cogens*.

La naturaleza y obligatoriedad del derecho internacional humanitario fue definida por la Corte Constitucional cuando, al realizar el estudio de constitucionalidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, indicó: *“El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens.”*. C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No. 7.

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales” (C. Constitucional. C802/02).

Téngase en cuenta así mismo que la Constitución ordena en el inciso segundo del artículo 93 que en la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, debe estarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia¹⁴.

Al respecto cabe recordar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes" (C. Interamericana. OC2/82 de 1982)

Pueden citarse, como instrumentos internacionales, de protección a los derechos humanos, en caso de conflicto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 21 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 74 de

¹⁴Artículo 93 "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, suscrita el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, y ratificada el 8 de diciembre de 1987; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada por Ley 408 de 1997; la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de noviembre de 1.968, la Convención sobre Prevención y Represión del Terrorismo que tuvo lugar en Washington en febrero de 1.971, la Resolución adoptada al respecto por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1.972 y la Resolución 3074 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1.973, sobre los Principios de Cooperación Internacional de la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad. Instrumentos suscritos por Colombia, para otorgar fuerza vinculante a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en los preceptos y principios que integran el “*ius cogens*”¹⁵.

Ahora bien, adicional a lo anterior, en Colombia, el cambio de legislación penal, con la ley 599 de 2000, en el título II, capítulo único se establecieron los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, los cuales se distinguen de los delitos comunes en razón al hecho que su comisión se

¹⁵Como en reiterada jurisprudencia esta Corte Constitucional, lo ha puesto de presente, el derecho internacional público está también integrado por preceptos y principios materiales aceptados por la comunidad internacional, denominados “*ius cogens*.” Ver entre otras las sentencias C-574 /92. M. P. Ciro Angarita Barón, C-127 de 1993 y C-225 de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

realiza con ocasión y en desarrollo del conflicto interno que padece el país, aspectos que determinan el marco dentro del cual se debe examinar el accionar de los grupos de autodefensas en Colombia AUC, teniendo en cuenta además que dentro del marco temporal de su accionar, el país, cambió su Constitución Política.

En efecto, la Constitución de 1991, implicó un cambio sustantivo frente a los derechos humanos y en ese sentido en los artículos 93 y 94 de la Carta, se estableció el denominado bloque de constitucionalidad, conforme al cual, los tratados internacionales de derechos humanos se entienden incorporados a la legislación interna.

Conforme al mandato constitucional aludido y frente al hecho que el legislador solo se ocupó de los delitos contra el derecho internacional humanitario con la Ley 599 de 2000, dentro de la problemática que ha planteado el accionar de los grupos paramilitares en Colombia se puede establecer una omisión de carácter legislativo, habida cuenta que habiendo adquirido Colombia, con la firma de los tratados y protocolos, la obligación de establecer en el orden interno normas que tipificaran los delitos contra el derecho internacional humanitario, esa tarea sólo vino a establecerse en el código penal del 2000.

Éste punto, resulta ser central en el estudio que se aborda, frente a la pregunta: ¿Si debía flexibilizarse el principio de legalidad en Colombia, para abordar el proceso de Justicia y Paz?, ello, porque normativamente frente al ordenamiento superior y frente a los tratados de derechos humanos suscritos y adoptados por Colombia, existía una obligación de tipificar los delitos contra el derecho internacional humanitario antes del año 2000, y fácticamente los grupos armados ilegales que hacían parte del conflicto interno Colombiano, en el caso del AUC, que nos ocupa, ya desde los años ochenta, venían atentando contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

El caso de alias “JUANCHO DIQUE”.

En el caso de alias JUANCHO DIQUE, se planteó inicialmente cual era la normatividad penal aplicable a las masacres atribuibles a las AUC, que ocurrieron antes que entrará en vigencia la Ley 599 de 2000. Y es frente a este panorama que deben analizarse los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en cuanto a la flexibilización del principio de legalidad.

El primero de ellos (C. Suprema de Justicia. S33039/10) se produjo al pronunciarse la Corte, sobre un recurso de apelación interpuesto en el caso del postulado ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ, alias JUANCHO DIQUE, quién perteneció al grupo armado organizado al margen de la ley, denominado bloque “HÉROES DE LOS MONTES DE MARÍA” de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC.

Habrá que señalar como contexto, que la Corte Suprema de Justicia, ha establecido respecto de ésta región que:

“En la década de los 70, la zona fue escenario de conflictos sociales asociados con la lucha campesina por la tierra, origen de invasiones de haciendas para propiciar una reforma agraria, esta circunstancia la colocó en la mira de grupos insurgentes como el EPL, el ELN y las FARC quienes en 1980 extendieron a ella su accionar, siendo los Frentes 35 y 37 de la FARC – EP, Jaime Báteman del ELN y Che Guevara del ERP, los de mayor presencia en los Montes de María” (C. Suprema de Justicia. S34547/11).

En ese sentido, si el bloque “HÉROES DE LOS MONTES DE MARÍA” de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, eran sólo uno de los cinco grupos armados ilegales que operaban dentro del conflicto interno, en la región de los Montes de María, deberá señalarse, que si bien por unidad de análisis nos

referiremos sólo a las AUC, tanto la argumentación y fundamentación que se observa en el caso de alias Juancho Dique, también es predicable de los otros actores armados, en el caso que se acojan a las reglas previstas para el Acto Legislativo 01 de 2012 (C. Constitucional. C579/12), denominado Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 1/12).

La Corte Suprema de Justicia analizó en dicho pronunciamiento (C. Suprema de Justicia. S34547/11), entre otros aspectos, el tema de la flexibilización del principio de legalidad, habida cuenta que la Fiscalía General de la Nación, había realizado una imputación parcial contra Úber Enrique Banquez Martínez, alias “Juancho Dique”, por su accionar en el grupo paramilitar entre el 3 de noviembre de 1998 y 24 de abril de 2004. Imputación en la cual se encontraban masacres, homicidios, secuestros, y otros delitos.

El análisis de las fechas de ocurrencias de las masacres, nos ubica en la problemática en estudio, toda vez que si se analizan: i) la Masacre de Colosó, ésta sucedió el 6 de noviembre de 1998, y en ella se perpetraron seis homicidios; ii) la Masacre de San Isidro o Caracolí, se realizó el 11 de marzo de 1999 y se cometieron 10 homicidios; iii) la Masacre El Salao, se ejecutó el 18 de febrero de 2000 y se perpetraron 62 homicidios, cuatro desapariciones forzadas, dos atentados contra la integridad y libertad sexual, se destrozó y saqueó la población, y se generaron 635 desplazamientos forzados; iv) la Masacre de Palo Alto, sucedió el 30 de abril de 2000, y se causaron 5 homicidios; v) la Masacre Curva del Diablo, se realizó el 25 de agosto de 2000, y en ella sucedieron 5 homicidios; vi) la Masacre Chinulito, se ejecutó el 13 de septiembre de 2000, y en ella se ejecutaron 10 homicidios; vii) la Masacre Macayepo, sucedió el 14 de octubre de 2000, en ella se cometieron 7 homicidios, 19 desplazamientos forzados y 17 despojos de bienes; viii) la Masacre de Chengue, se ejecutó el 17 de enero de 2001 y en ella se causaron 25 homicidios y 129 desplazamientos forzados; ix) la

Masacre de Retiro Nuevo, fue realizada el 19 de abril de 2001, y en ella se cometieron 4 homicidios.

Ello significa que la Fiscalía en una primera imputación parcial a Úber Enrique Banquez Martínez, alias Juancho Dique, lo señaló como responsable, entre otros de la comisión de 9 masacres que implicaban 134 homicidios, todos ellos atribuibles a su accionar en el grupo paramilitar entre el 3 de noviembre de 1998 y 19 de abril de 2001, en los municipios de Colosó, Carmen de Bolívar, Arjona, María La Baja, San Onofre y Ovejas, que era el área de influencia del Bloque Héroes de los Montes de María, Frente Golfo de Morrosquillo, al cual pertenecía y que también cubría los municipios de Toluviéjo y Mahates.

En sede de imputación, la Fiscalía, refirió que tales conductas constituían graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Tal afirmación parte del hecho que las mismas se cometieron en desarrollo del conflicto armado interno que ha vivido Colombia y ello resulta ser el punto central del debate, toda vez que en nuestra legislación los delitos que atentan contra el derecho internacional humanitario se tipificaron en la Ley 599 de 2000, Título II Capítulo Único que sólo empezó a regir el 25 de julio de 2001; y en ese sentido desde el punto de vista de la legalidad estricta, las masacres mencionadas se ejecutaron cuando aún estaba vigente el Decreto Ley 100 de 1980 donde para tales actos, la tipificación existente era la de delitos comunes.

La Corte Suprema de Justicia al decidir que las masacres atribuibles a Úber Enrique Banquez Martínez, alias Juancho Dique, constituían graves delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, y que podían imputarse como homicidios en persona protegida internacionalmente (Ley 599/00), no obstante haberse ejecutado antes del 25 de julio de 2001, estableció en esta materia y para estos casos que el principio de legalidad debía flexibilizarse.

En el sentido que no obstante algunas de las masacres imputadas a Úber Enrique Banquez Martínez, alias Juancho Dique, ocurrieron antes de entrar a regir el actual código penal, la imputación debía hacerse con base en el título II de la ley 599 de 2000, toda vez que las nueve masacres se realizaron en ocasión y en desarrollo del Conflicto Armado, que vive Colombia.

Tal decisión sin duda generó controversia, donde por un lado están quienes consideran la legalidad, como uno de los principios fundantes, no solo del derecho penal, si no del Estado de Derecho, y por tanto debía respetarse en forma estricta. Pero a su vez, y por el otro, estaban quienes consideran que los crímenes cometidos por los grupos paramilitares hacen parte de los delitos que atentan contra el derecho internacional humanitario, y además, algunas de sus conductas hacen parte de los que la comunidad internacional ha denominado crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

Un examen de las víctimas y de las circunstancias de las masacres cometidas por los grupos paramilitares, nos retrotrae al contexto que el Tribunal Superior de Bogotá, hizo de las AUC, ya citado, para referir que en su mayoría correspondían a personas civiles, indefensas, frente a los grupos armados en conflicto.

Es en tal escenario, donde la adecuación típica, debía responder a la naturaleza de los delitos atribuibles a los paramilitares desmovilizados, y a las condiciones de conflicto en el que se ejecutaron, y en consecuencia a su naturaleza, que como ya se advirtió corresponde a delitos que atentaron contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, aspecto que implicó abordar la adecuación típica de estos hechos con un criterio de flexibilización al principio de legalidad.

La Flexibilización del principio de legalidad frente al Proceso de Justicia y Paz.

En el caso en estudio, la Corte Suprema de Justicia, determinó que para investigar y juzgar penalmente los crímenes contra la población civil, que cometieron los integrantes de los grupos paramilitares de las AUC, en Colombia era necesario flexibilizar del principio de legalidad, sólo en el proceso de Justicia y Paz.

El principio de legalidad, tiene un carácter fundante en el Estado de Derecho, y se tiene como uno de los principales logros de la Revolución Francesa. Montesquieu, en “El Espíritu de las Leyes” (Montesquieu, 1992, p. 19), señaló que el respeto a una ley previa y conocida por todos era una forma idónea de limitar las arbitrariedades de los reyes; de suerte tal que el principio de legalidad, unido al principio de separación de los poderes públicos dieron lugar a un concepto de Estado, integrado por ciudadanos con derechos y garantías. Aspectos ampliados por Hobbes (2009, p.14), Beccaría (1998, p.23) y Rousseau (1989, p. 33).

De lo anterior, puede afirmarse que el derecho penal, hizo suyos estos principios, de forma tal que la legalidad es una garantía para todos los ciudadanos, que eventualmente se vieran inmersos dentro de un proceso penal.

En el orden internacional el principio de legalidad se consolidó durante el siglo XX, como se puede observar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de San José (C. Suprema de Justicia. S33039/10), y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que señala: “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según del derecho nacional o internacional”¹⁶.

¹⁶Convenio Europeo de Derechos Humanos, European Court of Human Rights, Council of Europe, F-67075 Strasbourg cedex, www.echr.coe.int.

Sin embargo el artículo 7 numeral 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, advierte: “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.”¹⁷

En el orden internacional el primer antecedente de la flexibilización del principio de legalidad, lo encontramos finalizada la segunda guerra mundial, en donde los militares alemanes enjuiciados, proponían en su defensa que su actuar estaba amparado por la legislación vigente en Alemania para ese entonces y en ese sentido sus actos se ajustaban conforme con las normas que les eran aplicables, en una estricta aplicación del principio de legalidad; sin embargo, en el orden internacional, y partiendo del hecho que con sus crímenes estos militares habían atentado contra la humanidad, se dispuso flexibilizar el principio de legalidad, a efecto de determinar que no era posible, argumentar en su defensa la legalidad interna, cuando los delitos cometidos atentaban contra el orden internacional. Por lo anterior, en el proceso seguido al régimen Nazi, en Nuremberg, en los principios I y II se señala¹⁸:

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

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

¹⁷ *Ibidem* página 28.

¹⁸ *Ibidem* página 28 y siguientes.

En ese sentido el principio de legalidad, a quienes reconocemos como una de las principales garantías en un Estado de Derecho, adquirió en el escenario internacional y frente a los delitos que agravian a la humanidad un significado diferente, y se estableció una tendencia flexibilizarlo en la medida que no era viable que un Estado con el argumento de cumplir sus normas internas, llámense Ley o Constitución, violara las disposiciones internacionales que protegen los derechos humanos de agravios que atentan contra la humanidad.

Señala la Corte¹⁹ desde los juicios de Nuremberg y Tokio se empezó a construir la costumbre y jurisprudencia internacional que amplía el contexto del principio de legalidad, y para ello señala casos en Camboya, en Alemania, y en Sur América, refiere los antecedentes de Uruguay en el caso del Plan Cóndor en 2010; en Argentina el caso de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, en Chile el caso Molco de Choshuenco y la sentencia contra Alberto Fujimori en Perú y el recurso de Gabriel Orlando Vera Navarrete.

El fallo aludido, refiere además que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2001, en el caso de los Barrios Altos Perú, se declaró la incompatibilidad de la ley de punto final con lo dispuesto en el Pacto de San José; y en Argentina el Caso Simón, se utilizaron normas de orden internacional para imponer una condena por hechos de desaparición forzada.

En ese sentido en el caso de Colombia los crímenes cometidos por los ex miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, tal flexibilización es enteramente justificable.

Para empezar, el proceso especial de justicia y paz en Colombia, no es adversarial, por el contrario en el mismo, la Fiscalía, la magistratura, la defensa del

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf

postulado, el Ministerio Público, y las víctimas buscan en forma mancomunada establecer la verdad (C. Suprema de Justicia. S30120/08) de los hechos que en ella se investigan.

La verdad como derecho de las víctimas es uno de los pilares del proceso, y es a su vez presupuesto para la materialización de los derechos de justicia, reparación y no repetición.

Para el logro de este objetivo en primer término, es el postulado quien decide voluntariamente acogerse a este procedimiento especial, renuncia a su derecho de no autoincriminarse (C. Suprema de Justicia. S27484/07), de suerte que una vez ratificada la voluntad del postulado de acogimiento a los beneficios que la ley, adquiere el compromiso con la verdad.

Esta verdad se materializa en una primera versión libre del postulado, en el que inicia confesando, todos y cada uno de los hechos en los que participó durante su permanencia en el grupo armado al margen de la ley.

Siendo la confesión (C. Suprema de Justicia. S31150/09) una materialización de su compromiso con la verdad; esta obligación se mantiene durante todo el proceso y hasta tanto se cumplan todas las exigencias que la ley exige de los postulados para hacerse acreedores de sus beneficios. Es de tal magnitud tal obligación que el incumplimiento del deber de decir la verdad por parte del postulado, puede ser causa de su exclusión del proceso especial de justicia y paz.

Ahora bien, en este escenario es claro que el principio de legalidad es un mecanismo que salvaguarda al postulado, la garantía de acceder a unos beneficios legales a cambio de confesar sus crímenes y contribuir con el esclarecimiento de los hechos imputables al grupo armado al que perteneció.

Y en ese sentido desde la órbita del postulado y para su defensa, no es el principio de legalidad una garantía de defensa, donde sea viable argumentar que determinados tipos penales no pueden ser imputados en razón al hecho de no hacer parte de la legislación interna a la fecha de su comisión, porque su compromiso con la verdad abarca necesariamente reconocer y aceptar la gravedad de los hechos que han confesado cometer, y más aún cuando ellos son graves violaciones al derecho internacional humanitario.

No se debe pasar por alto que en el caso en cita, el postulado Úber Enrique Banquez Martínez, Alias Juancho Dique, refirió que las 9 masacres con las 134 homicidios, hacen parte de una confesión parcial, quedando pendiente la confesión de por lo menos otras 15 masacres (C. Suprema de Justicia. S33039/10).

Ello en sí, refleja la dimensión de la problemática que se plantea, donde un individuo acepta su participación en 134 homicidios, advirtiendo que ellos no representan ni siquiera la mitad de los hechos de los que es responsable como coautor, le da una perspectiva diferente a la discusión de si su adecuación típica responde al homicidio agravado de Decreto Ley 100 de 1980, o al homicidio en persona protegida del capítulo único, del título segundo de la Ley 599 de 2000, relacionado con los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

La referencia va más allá de la simple adecuación típica y nos deja frente a una expresión no solo de criminalidad organizada, sino, frente a la violencia que ha sufrido Colombia. En el estudio de un sólo caso, referido a un sólo bloque paramilitar, “HÉROES DE LOS MONTES DE MARÍA”, sus acciones se interrelacionan, con los otros cuatro grupos armados ilegales que operaban dentro del conflicto interno, en la región de los Montes de María, conflicto para el cual el

proceso de justicia y paz fue sólo una solución parcial para las AUC y requerirá incluir a los otros actores armados, en el Marco Jurídico para la Paz

El caso sirve para poner de relieve las dimensiones del conflicto interno colombiano, y un examen de las víctimas y de las circunstancias de las masacres cometidas por los grupos paramilitares, nos retrotrae al perfil que el Tribunal hizo de las AUC, ya citado, para referir que en su mayoría correspondían a personas civiles, indefensas, frente a los grupos armados en conflicto.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“...para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política...”

Advierte la Corte en el mencionado fallo:

“...Si las operaciones ejecutadas por los grupos armados organizados se dirigen sistemáticamente contra personas y bienes que no constituyen objetivos militares, para efectos de la responsabilidad individual de sus miembros, las conductas ejecutadas en ese contexto de violencia al mismo tiempo que pueden configurar crímenes de guerra, constituyen delitos de lesa humanidad, genocidios, violaciones graves de derechos humanos e incluso delitos comunes si se dan los presupuestos para ello...”(C. Suprema de Justicia. S32022/09).

En éste escenario, la adecuación típica, de las conductas ejecutadas por los paramilitares antes de la vigencia del actual código penal, no puede efectuarse como si se tratara de delitos comunes, así estuvieran señalados, de esta forma, en el ordenamiento interno para la fecha de los hechos; ello, en razón al hecho, que los delitos atribuibles a los paramilitares desmovilizados, atentaron contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y se ejecutaron en ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, por ello, la calificación jurídica de tales conductas se realizar conforme al título II de la Ley 599 de 2000, adecuación típica que implica flexibilizar para estos efectos el principio de legalidad.

La flexibilización del principio de legalidad, frente al Bloque de Constitucionalidad

Otro ángulo del debate de la flexibilización del principio de legalidad, en el ordenamiento interno se ve desde el denominado bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional sobre el bloque constitucional, y las diferencias en torno a los tratados internacionales indicó:

“6. Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y

como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

(...)

La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.

Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.” (C. Constitucional. C358/97)

Como ya se advirtió, los crímenes atribuibles a los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, están en la categoría de crímenes de guerra y lesa humanidad, y en el sentido constituyeron graves violaciones al derecho internacional humanitario, dentro del conflicto interno que padece el país, por ello, es necesario, que en su investigación y juzgamiento se aplique las

normas que consagran los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Para ello, debemos examinar que la normatividad de orden internacional aplicable a los crímenes de guerra, se entiende contemplada en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que contemplan en su orden normas para mejorar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; para determinar el trato debido a los prisioneros de guerra; y para la protección debida a las personas en tiempo de guerra (F. General, 2011, p.256).

Asimismo, los Protocolos I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. Son documentos de orden internacional aprobados en Colombia; mediante la Ley 5 de 1960 los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los cuales entraron a regir en nuestro país desde el 8 de mayo de 1962 y mediante la Ley 11 de 1992 y la Ley 171 de 1994 se aprobaron los Protocolos I y II (F. General, 2011, p.296).

Con la advertencia que los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales, se consideran tratados Internacionales de Derechos Humanos, y por consiguiente se entienden incorporadas automáticamente a la legislación interna desde las fechas mencionadas en las cuales se adoptaron en Colombia.

La Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. P33118/11), había ya establecido un primer precedente, en el sentido que por vía de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia, las conductas en ellos

previstas, se hicieron obligatorias y sancionables en Colombia, sin importar que se hubieran tipificado como tal en la legislación interna; al respecto dijo la Corte:

“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.

En síntesis, el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio *pacta sunt servanda*, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción

subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...”

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe destacar que todas estas adhesiones y compromisos internacionales de Colombia son antecedentes necesarios y directos del reconocimiento en el país, del conflicto interno y sirvieron de fundamento a la decisión del legislador de incluir un capítulo especial en el título II del Código Penal.

Por su parte la jurisprudencia ha señalado que algunos hechos por sus características no se puedan calificar únicamente con la denominación genérica de crímenes de guerra, como el caso del reclutamiento ilícito de menores, que ya la comunidad internacional así lo ha calificado y en sentido es necesario citar que el Tribunal Especial de Sierra Leona (C. Suprema de Justicia. S32022/09), Cámara I, ICC-01-04/01/06, caso del Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, sentencia del 29 de enero de 2007, párrafo 248, se estableció un precedente en el orden internacional en el sentido de señalar que el reclutamiento de menores es un crimen de carácter permanente. De acuerdo con esta jurisprudencia el reclutamiento de niños y niñas, es reconocido en el derecho internacional no solo en la fecha en que el niño o niña fue reclutado, sino que se prolonga durante todo el tiempo que dura el reclutamiento.

Adicional a ello hay otras características y así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (C. Suprema de Justicia. S32022/09); que algunas de estas conductas tienen los elementos de sistematicidad, generalidad y conocimiento (C. Suprema de Justicia. S32022/09), dirigidas especialmente contra la población civil indefensa, de tal forma que reúnen a la vez los requisitos para ser considerados como crímenes de lesa humanidad, calificación que para la Corte es válida incluso para el concierto para delinquir.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado en la sentencia 32022 del 21 de septiembre del 2009, que:

“...para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política...”

Continuando con el pronunciamiento de la Corte, también ha advertido que:

“...si las operaciones ejecutadas por los grupos armados organizados se dirigen sistemáticamente contra personas y bienes que no constituyen objetivos militares, para efectos de la responsabilidad individual de sus miembros, las conductas ejecutadas en ese contexto de violencia al mismo tiempo que pueden configurar crímenes de guerra, constituyen delitos de lesa humanidad, genocidios, violaciones graves de derechos humanos e incluso delitos comunes si se dan los presupuestos para ello”(C. Suprema de Justicia. S32022/09).

En ese orden tenemos que los delitos cometidos por los paramilitares pueden al mismo tiempo configurarse como delitos de guerra y delitos de lesa humanidad.

Como el Estatuto de Roma no diferencia entre delitos internacionales y delitos de lesa humanidad, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 32022 del 21 de septiembre de 2009 ya mencionada, advierte que se considera que los delitos de

lesa humanidad forman parte del género, siendo la especie delitos contra Derecho Internacional Humanitario, con la anotación que los delitos de lesa humanidad tienen características o patrones de generalidad, especificidad y conocimiento.

Señala la Corte en el fallo aludido

“...Toda esta referencia a los lineamientos básicos que caracterizan los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, tiene por objetivo definir el contexto en el que pueden encuadrarse los delitos cometidos por los integrantes de grupos paramilitares, entre ellos, los miembros de las autodefensas que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, punto en el cual parte la Sala de reconocer que tales grupos armados al margen de la ley se organizaron en un principio bajo dos objetivos específicos, a saber, actuar como estructura antisubversiva y como banda de delincuencia organizada con fines de “limpieza social”, contexto en el cual, ha de admitirse, cometieron simultáneamente toda suerte de acciones delictivas, así, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y delitos comunes, resultando de suma complejidad el proceso de imputación de delitos.

Así, por ejemplo, una masacre tiene lugar al mismo tiempo en que se portan armas y prendas de uso privativo de las fuerzas armadas o que se usan vehículos hurtados, además de que también se ocasionan torturas, lesiones, secuestros, etc.

No puede perderse de vista en este punto, que si bien el crimen de guerra puede coincidir como delito de lesa humanidad, éste va más allá de la violación de las leyes y costumbres de la guerra, porque lesiona los derechos más fundamentales de la persona humana como ser individual y colectivo. “Los delitos de lesa humanidad desarticulan y agravan las bases más vitales de la convivencia de la especie, a tal punto que el concepto de “hombre” como la más

clara expresión de nuestro existir y coexistir dignamente, está seriamente desconocido y afectado por las manifestaciones de violencia.

(...)

Tomando en consideración los anteriores factores relevantes, la Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante...” (C. Suprema de Justicia. S32022/09).

Si partimos de la premisa que de conformidad con el bloque de constitucionalidad los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia, las conductas en ellas previstas se hicieron obligatorias y sancionables sin importar que se hayan tipificado como tal en la legislación interna, se entiende que la decisión de la Corte Suprema de Justicia, de flexibilizar el principio de legalidad en el proceso de justicia y paz, es ajustada al mandato constitucional y acorde a la naturaleza de los crímenes atribuibles a los paramilitares en Colombia.

Ahora bien, en el marco de aplicación de la ley de justicia y paz, se han planteado los efectos procesales y jurídicos, que tiene el reconocimiento de los delitos contra el derecho internacional humanitario, y de lesa humanidad.

En el primero de ellos, se discutió si era posible que los fiscales y jueces colombianos, investigaran y juzgaran a los postulados a justicia y paz, por conductas consideradas como delitos en el derecho internacional humanitario, o por crímenes de lesa humanidad. En éste, punto se plantearon a su vez dos interrogantes; uno relacionado con la competencia, en razón al hecho que

conforme al principio de legalidad estricta sus conductas no estaban tipificadas como tal en la legislación interna para la fecha de los hechos; y por otro lado, el deber que tiene el país en el escenario internacional de impedir que las graves violaciones contra los derechos humanos quedaran en la impunidad.

Tales interrogantes, obtuvieron solución a través de la flexibilización del principio de legalidad que nos ocupa y a través del desarrollo y a la aplicación del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, (C. Suprema de Justicia. S32022/09), señaló: “en aras de garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a derechos humanos, los funcionarios judiciales deberán acudir no solo a la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

Conforme a la anterior solución implica que se deben imputar, los tipos penales de nuestra legislación, uya descripción sea más acorde con la de los crímenes internacionales, con obligación adicional contextualizar los elementos, que conforman estos, en el caso de lesa humanidad, los de generalidad y sistematicidad, de los ataques contra la población civil.

Donde es necesario resaltar que en todos los casos que una autoridad judicial declare una conducta como delito de lesa humanidad, su principal efecto jurídico es su carácter de imprescriptible, en donde sería necesario distinguir que mientras los postulados de justicia, tanto frente a ésta declaratoria, como frente a la sentencia, recibirán los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005. Sin embargo los efectos no serán iguales para los demás perpetradores no acogidos al proceso de justicia y paz, o para los terceros que apoyaron el actuar de los paramilitares,

quienes podrán ser perseguidos, en la condición que tales delitos son imprescriptibles.

A modo de conclusión, puede aseverarse que el orden internacional, como en el interno, el norte de tales acciones judiciales. Por un lado, se busca la protección de las víctimas dentro del conflicto, y por el otro, se busca garantizarles sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, los cuales a su turno son los principios rectores de la ley de justicia y paz en Colombia.

DE LAS CONCLUSIONES

El marco temporal de los hechos atribuibles a los grupos que conformaron las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, **AUC**, conforme a la jurisprudencia vigente, se circunscribe al lapso transcurrido desde los inicios de la década de los ochenta, hasta el 25 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia la Ley 975 de 2005, atendiendo la existencia hoy en día de modificaciones introducidas por la Ley 1592 de 2012.

Conforme al marco temporal mencionado, frente a la legislación interna, los hechos delictivos atribuibles a los ex miembros de las AUC, se ubican durante la vigencia del Código Penal del Decreto Ley 100 de 1980 y el de la Ley 599 de 2000. Advirtiendo que solo en esta última se estableció en Título II capítulo único: los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Sin embargo el examen de los delitos cometidos por grupos de autodefensas en Colombia, debe ser abordado desde la naturaleza de sus crímenes, y conforme a ello se agrupan en delitos de lesa humanidad; crímenes de guerra; delitos contra el derecho internacional humanitario; y algunos delitos comunes.

Dado éste carácter y a efectos de imputar los delitos cometidos conforme a su gravedad y a su naturaleza, y frente al marco temporal mencionado y al carácter fundante del principio de legalidad, la solución se encuentra en la flexibilización de éste principio, con fundamento en lo previsto en el ordenamiento internacional, por la vía del bloque de constitucionalidad.

De forma tal que es necesario fundamentar las acciones de carácter penal en los tratados internacionales de los derechos humanos debidamente adoptados

por Colombia, conforme a los artículos 93 y 94 de la Carta, y al denominado bloque de constitucionalidad.

En el derecho internacional la flexibilización del principio de legalidad, desde el proceso Nuremberg, se aceptó por la comunidad internacional como mecanismo para juzgar y sancionar aquellos delitos que por su gravedad agravian la humanidad.

El principio de legalidad debe flexibilizarse en razón a que no es posible para ningún Estado con el pretexto de cumplir su normativa interna, violar las disposiciones internacionales que protegen los derechos humanos de agravios que atentan contra la humanidad, ni a sus autores.

En el caso de Colombia los crímenes cometidos por los ex miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, y de que trata el proceso especial de justicia y paz, previsto en la Ley 975 de 2005, es enteramente justificable la flexibilización del principio de legalidad, atendiendo la naturaleza de los crímenes que se les imputa.

Flexibilizar el principio de legalidad, en el proceso de justicia y paz en Colombia, como medio para investigar, juzgar y establecer la responsabilidad penal que por sus crímenes contra la población civil, cometieron quienes integraron los grupos paramilitares organizados como Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, se ajusta al mandato constitucional de prevalencia de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos humanos.

Lo anterior, conforme al hecho al bloque de constitucionalidad, en el sentido que las conductas previstas en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia, se hicieron obligatorios y sancionables sin importar que se hayan tipificado como tal en la legislación interna.

La adecuación típica, de los delitos atribuibles a los desmovilizados de las AUC, por su naturaleza y gravedad corresponden a delitos que atentaron contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y por lo tanto el proceso de adecuación típica debe responder a la naturaleza de tales hechos, advirtiendo que los argumentos que justifican la flexibilización del principio de legalidad en el proceso de justicia y paz, a su vez, sirve de fundamento, para que únicamente y frente a estos casos proceda la flexibilización del principio de legalidad.

Sin embargo, en el conflicto interno colombiano, el fenómeno paramilitar, está relacionado, con la presencia y el actuar de otros grupos armados ilegales que operaban en el país como las FARC EP, el EPL, el ELN y el ERP, lo que significa que los razonamientos presentados alrededor de la flexibilización del principio de legalidad, les sea aplicable conforme a los parámetros que la Corte Constitucional fijó para la interpretación del Acto Legislativo 1 de 2012, y que deberá ser observado por el legislador, al expedir la Ley Estatutaria que desarrolle el Marco Jurídico para la Paz.

REFERENCIAS

Beccaria, C. (1998) De los Delitos y de las Penas (p 23). Bogotá: Temis, cuarta edición.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Dictamen del CICR, Documento de opinión, marzo de 2008, ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 742. (5, junio, 2002). Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2002. No. 44826.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley No. 40 de 1998, Senado de la República de Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 77. (7, marzo, 2005).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2005). Por la cual se expide el código penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000. No. 44097.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 975. (25, julio, 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la

consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2005. No. 45980.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 1. (31, julio, 2012). Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1592. (3, diciembre, 2012). Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012. No. 48633. Artículo 1.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, European Court of Human Rights, Council of Europe, F-67075 Strasbourg cedex, www.echr.coe.int.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 358, (5, agosto, 1997). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 148, 22 de febrero de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 291. (25, abril, 2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala plena. Sentencia C-1199. (4, diciembre, 2008). Referencia: Expedientes D-6992. Demanda de inconstitucionalidad contra los

artículos 2, 4, 47, 48, 49 y 72 (parciales) de la Ley 975 de 2005. Actor: Rodrigo Uprime Yepes y Otros. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C.C-1199/08.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 579, (28, agosto, 2012).M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Comunicado No. 034. (4, septiembre, 2013).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia 27484. (2, octubre,2007).M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 29753 del 27 de enero del 2010, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 30120 del (23, julio,2008).M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Penal. (24, febrero, 2009). Referencia: Proceso No. 30999. Recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 3ª de la Unidad de Justicia y Paz y Otros. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Bogotá, D. CSJ - 30999/2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 31150 del (12, mayo, 2009).M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 32022. (21, septiembre, 2009).M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 29753. (27, enero, 2010).M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 33039. (16, diciembre, 2010).M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia 34547. (27, abril, 2011).M.P. María del Rosario González de Lemos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (14, marzo, 2011). Auto proceso No. 33118, M. P. JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTÍZ, Bogotá, D.C.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24, septiembre, 2010), Sección Segunda, sub sección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACION, Ley de Justicia y Paz, Compilación Normativa y Jurisprudencia, Tratados y Convenios Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Agosto 2011, Bogotá. Páginas 256 y siguientes.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva 001 de octubre 4 de 2012¹, "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación"

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, UNIDAD NACIONAL PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ, "Plan de Acción de 2013".

Hobbes, T. (2009). El Leviatán (pp.14). Alianza.

Montesquieu, Ch. (1992). El Espíritu de las Leyes (pp.19). México. Porrúa S.A.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 100. (23, enero, 1980). Por el cual se expide el nuevo código penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1980. No. 35461.

Rousseau, J. (1989). El Contrato Social (pp.33). México. Porrúa S.A.

TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, caso del Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, caso del Fiscal vs. Rutaganda, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala de Justicia y Paz. (16, diciembre, 2011). Referencia: Radicado No. 200782701, párrafo. 256. M. P. Uldi Teresa Jiménez López. Bogotá, D. C.

CONCEPTO:

En el escrito se desarrolla el tema denominado flexibilidad del principio de legalidad en el contexto de la judicialización de los grupos que han participado en el conflicto armado en Colombia, específicamente las AUC o grupos Paramilitares.

En el desarrollo del documento se presenta un parámetro esencial, consistente en la temporalidad y la vigencia de las normas frente a los hechos ocurridos con anterioridad y posterioridad a la vigencia de la ley 975 de 2005 y la ley 1592 de 2012.

En el escrito se presenta un estudio sobre la legislación aplicable a las conductas delictivas cometidas por los Paramilitares a partir de los años 80 hasta la entrada en vigencia de la ley de la ley 975 de 2005, configurándose este lapso en el eje central del documento, el tema se desarrolla teniendo en cuenta pronunciamientos de las altas cortes frente al proceso de tipificación de los hechos que se cometieron como consecuencia del conflicto armado interno en Colombia, advirtiendo que los crímenes cometidos en los años 80 no podrían en principio calificarse según las disposiciones de la ley 599 de 2001 (Código en el cual se reconocen expresamente los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario), pues no había entrado en vigencia para esa época.

No obstante se plantea, que a pesar de no encontrarse tipificadas las conductas denominadas: delitos de lesa humanidad, infracciones al derecho internacional humanitario, en las leyes internas del Estado, sí lo estaban en virtud de instrumentos internacionales suscritos por Colombia, por lo tanto

debía darse aplicación al artículo 93 de la Constitución Nacional que consagra el Bloque de Constitucionalidad.

La flexibilización del principio de legalidad propuesta, no obedece a parámetros caprichosos, sino a fundamentos jurisprudenciales nacionales e internacionales referenciados por los alumnos, que señalan la obligación que tiene el Estado y las autoridades judiciales de investigar y juzgar los delitos graves y atroces, conforme a la naturaleza de los mismos, dentro del contexto del conflicto armado interno, pues con ello se pretende garantizar los derechos de las víctimas a obtener una verdad, justicia y reparación.

En el trabajo se desarrollan diferentes temas entre los cuales se encuentran: el conflicto armado interno en Colombia, los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, los delitos contra el derecho internacional humanitario, la priorización, el principio de legalidad, aspectos que permiten un adecuado entendimiento del tema planteado por los alumnos.

Considero que el trabajo es coherente, claro ordenado, se verifica esfuerzo investigativo, desarrolla el tema adecuadamente, es profundo, y se realiza un estudio de caso.

Por todo lo anterior se aprueba el escrito.

Carlos Andrés Bernal Castro.

Coordinador Maestría de procesal penal Universidad Militar Nueva Granada