

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

**PROPUESTA DE CONSIDERAR COMO INIMPUTABLES A LOS
COMBATIENTES ADULTOS DE LAS FARC-EP, QUIENES FUERON VÍCTIMAS
DE RECLUTAMIENTO FORZADO**



Fabiola Alviz Castellanos

Autora

Artículo de investigación para optar el título de “Magister en Derecho Procesal
Penal”

Ricardo Antonio Cita Triana

Director

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2016

PROPUESTA DE CONSIDERAR COMO INIMPUTABLES A LOS COMBATIENTES ADULTOS DE LAS FARC-EP, QUIENES FUERON VÍCTIMAS DE RECLUTAMIENTO FORZADO¹

Fabiola Alviz Castellanos²

Resumen

La investigación propuso dilucidar la manera de juzgar los combatientes adultos, bien como imputables o como inimputables, centrada en quienes de niños fueron blanco de reclutamiento forzado en el municipio de Vista Hermosa (Meta), por parte del Bloque Oriental de las FARC-EP.

La investigación es descriptiva, jurídica, con enfoque cualitativo y analítico, asentada sobre el informe de investigador de campo No.1184373 “Patrón de macrocriminalidad del eje temático de reclutamiento ilícito”, de marzo 18 de 2016, elaborado por funcionarios de policía judicial de la Fiscalía General de la Nación, sometiendo a estudio, por asignación aleatoria, 825 casos de un universo de 7.867. Con la información recolectada se estableció que son personas sometidas a técnicas de persuasión coercitiva, a quienes el pensar colectivo se impone al individual. Siendo la investigación un proceso inductivo, condujo a la conclusión, acorde con la normativa vigente, que la única manera de procesar esta población es a través de la figura de la inimputabilidad.

Palabras claves

¹ El artículo de investigación es el resultado del trabajo de proyecto para optar el grado “Magister en Derecho Procesal Penal” de la Universidad Militar de Colombia Nueva Granada.

² Abogada, graduada por la Universidad Católica Colombia de Bogotá D.C., Fiscal delegado ante los Juesces Penales del Circuito, adscrita a la Dirección de Análisis y Contextos. Correo electrónico fabiolaalviz2012@gmail.com ,

Combatiente adulto, reclutamiento ilícito, persuasión coercitiva, psicología de masas, diversidad sociocultural, inimputable.

Abstract

The research posed to elucidate the way to judge adult combatants, as either imputable or unimputable, focused on those who were subject to forced recruitment at juvenile age in the municipality of Vista Hermosa (Meta), by the FARC-EP Eastern front.

The research is descriptive, legal, with a qualitative and analytical approach, based on the field investigator report No.1184373 "Macro-criminality pattern of the illicit recruitment thematic axis ", March 18, 2016, developed by judicial police officers from the Attorney General Nation's Office, submitting to study, by random assignment, 825 cases from an universe of 7,867. With the collected information, it was established that they are people subjected to techniques of coercive persuasion, whom collective thinking is imposed on the individual. The investigation, as an inductive process, led to the conclusion, in accordance with the current regulations, that the only way to process this population is through the figure of unimputability.

Keywords

Adult fighter, illegal recruitment, coercive persuasion, mass psychology, cultural diversity, unimpeachable.

Introducción

La investigación plantea como objetivo precisar la forma adecuada para juzgar a los combatientes adultos, quienes de niños fueron blanco de reclutamiento forzado en el municipio de Vista Hermosa (Meta), por parte del Bloque Oriental de las FARC-EP.

Como fuente de información se recurrió al informe de investigador de campo, No.1184373 “Patrón de macrocriminalidad del eje temático de reclutamiento ilícito” de marzo 18 de 2016, elaborado por funcionarios de policía judicial de la Dirección de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación. Para ello, seleccionaron 825 casos de un universo de 7.867, circunscritos a hechos atribuibles al Bloque Oriental.

A partir de un análisis cuantitativo y cualitativo el informe concluye, entre otros factores, el proceso de adoctrinamiento político - militar y el régimen disciplinario a que eran sometidos los menores, que podía llegar, incluso, con el fusilamiento del infractor. Además, son objeto de una transformación en su actuar, sentir, pensar y percibir la realidad, cediendo totalmente su discernimiento individual al pensar colectivo. (Fiscalía General de la Nación, 2016).

Es así, que la pregunta que surgió fue la siguiente: ¿En qué medida son imputables o inimputables, al momento de juzgarse, los combatientes adultos quienes de niños fueron blanco de reclutamiento forzado en el municipio de Vista Hermosa (Meta), por parte del Bloque Oriental de las FARC-EP?.

El interrogante se absuelve considerando los siguientes aspectos:

Con la precisión del principio de mínima intervención y *última ratio*, imperando en Colombia un derecho penal culpabilista.

Se estudia, además, las causales de ausencia de responsabilidad, partiendo de dos proposiciones: Si el error es invencible excluye la imputación subjetiva tanto a título de dolo como a título de culpa. Si el error es vencible, la imputación subjetiva se realiza a título culposo.

Para el caso de los combatientes adultos de las FARC-EP, objeto de la investigación, la conclusión respecto a la figura de la ausencia de responsabilidad, no aplica *per se*, toda vez que él es victimario, así su actuación esté condicionada por las directivas del grupo insurgente, lo cierto es que tiene conciencia de su actuar por fuera de la ley, arguyendo una injustificada razón.

En la investigación se utilizó una metodología descriptiva, jurídica con enfoque cualitativo y analítico, y el método de estudio fue inductivo.

Otra de las fuentes utilizadas fueron libros, estudios, monografías, revistas especializadas, jurisprudencias y sentencias, como la emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (2016), en la que exhorta al Ministerio de Justicia proponer una reforma legislativa donde se considere la situación de quien ingresó al grupo ilegal cuando era menor de edad y en su mayoría de edad, decide abandonar el conflicto armado. (Radicación 110016000253200783019, p.242).

Para contextualizar el tema, se explica en qué consiste la técnica de persuasión coercitiva, cómo le es aplicable a los incorporados de las FARC-EP, la posición de esta técnica frente al principio de mínima intervención o *última ratio*, así como los fundamentos jurídicos que la respaldan, dentro de una interpretación sistemática de la norma.

Más adelante se estudia la proscripción del Derecho Penal de Autor, para dejar imperante el Derecho Penal de Acto, diferenciando en el régimen de responsabilidad penal entre imputables e inimputables.

Al tener en cuenta el concepto de Inimputabilidad, como resultado de la particular manera de ver e interpretar el mundo, que es reconocida constitucionalmente en el artículo 7° y lo resalta el artículo 33 del Código Penal Colombiano, al hablar de los inimputables trae cuatro categorías como son: inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, centrando la investigación en ubicar a los combatientes adultos objeto de estudio al grupo de “estados similares a la diversidad sociocultural” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Al hacer un estudio de las causales de responsabilidad penal señaladas en los numerales 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 32 del Código Penal, se establece que dichas causales no les son aplicables al caso de los miembros de la FARC-EP.

Por otra parte, se tiene en cuenta el concepto de víctima de la Ley 1448 de 2011 frente a los integrantes de las FARC-EP, al excluirse como víctimas del conflicto armado, deslindándolos de la situación que los menores reclutados a las filas de la agrupación guerrillera, siempre lo hacen con el consentimiento viciado. (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Se subrayó el sometimiento a técnicas de persuasión coercitiva que son objeto los menores reclutados durante el tiempo de su permanencia en el grupo, similares a las prácticas ejercidas por las sectas, padeciendo aislamiento familiar, tratos discriminatorios, degradantes y castigos, logrando el grupo un control mental, afectando la personalidad, permitiendo manipulación y control del recién alistado, por consiguiente, deben considerarse como inimputables, asimilándolos al grupo de

diversidad cultural, pues su cosmovisión se circunscribe a las doctrinas de las FARC-EP.

Esto, en el entendido que no se les puede reconocer causales de ausencia de responsabilidad *per se*, sino que debe estudiarse el caso concreto. Tampoco pueden ser sometidos al tratamiento de imputables, atendiendo que tienen una forma distinta de ver el mundo, resultado que toda la formación moral, intelectual y psíquica fue moldeada, desde niño, por el pensar del grupo.

La declaratoria de inimputables, es facultad del juez, quien apoyado en la capacidad creadora de que está revestido, puede mediante una interpretación, fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, sin que esté olvidando, el riguroso sometimiento al imperio de la ley.

Se colige que la normatividad existente es suficiente y, no es necesaria la expedición de otra ley, para juzgar adecuadamente al combatiente adulto de las FARC-EP, quienes fueron víctimas de reclutamiento forzado.

Al estudiar el acuerdo final del 12 de noviembre de 2016, firmado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, se infiere que el mismo texto permite la aplicación del resultado de la investigación, al reconocer la potestad del Estado para el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra, toda infracción del derecho internacional humanitario cometidas en forma sistemática o como parte de un plan o política.

A. Referente Conceptual

Como es incuestionable que todos los desarrollos de las líneas del pensamiento solo se perfeccionan sobre la base de investigaciones científicas y empíricas, que son la fuente que aportan los instrumentales para sintetizar el histórico

funcionamiento de determinadas instituciones, entre ellas, las penales. Por ello, necesario enunciar la siguiente pregunta:

¿Se está juzgando correctamente a los adultos combatientes de las FARC-EP, cuando éstos previamente han sido víctimas de reclutamiento ilícito de menores por parte de dicho grupo?

A una persona, a quien al ingresar a un grupo como las FARC-EP, en donde sus convicciones caen a un segundo plano para darle paso al predominio del poder organizacional, no se le puede juzgar con el mismo rasero con el cual se juzga a la población media de Colombia.

En este orden de ideas, a las personas a quienes el grupo insurgente la han sometido en la mayoría de su existencia a las técnicas de persuasión coercitiva o técnicas de control mental, la que usualmente es conocida como lavado de cerebro, crea en el individuo condiciones especiales, dado que su cosmovisión se circunscribe al pensamiento del colectivo al que pertenece. Es decir, que tiene al grupo como paradigma de vida. Pero, ese acogimiento a los lineamientos del grupo subversivo no es una decisión que procede de su más íntima convicción sino resultado de la influencia impositiva del mismo grupo, quien, guardadas las proporciones, le imponen “anteojeras” para el pensar y actuar.

Por ello, en opinión de la autora y como hipótesis de este artículo, se recurre, con carácter excepcional, por extensión y analogía, el equipararlos con el conglomerado social llamado de la diversidad sociocultural (Indígenas) a que se refiere el artículo 33 del Código Penal, sobre la base de que uno y otro grupo no cuentan con la capacidad de determinarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud de sus actos. Argumento suficiente para la cual se les podrían considerar inimputables.

I. El principio de Mínima intervención y *última ratio*

Así las cosas, con miras a cumplir con el cometido propuesto, la presente investigación se ocupa de la problemática planteada respecto del juzgamiento a los adultos combatientes de las FARC-EP cuando éstos previamente han sido víctimas de reclutamiento ilícito de menores, partiendo de la premisa que la propia Corte Constitucional de Colombia, consideró al Derecho Penal como instrumento de *última ratio*, en los siguientes términos:

Ha reconocido que el derecho penal debe ser un instrumento de *última ratio* para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

El abogado Raúl Carnevali Rodríguez, en su artículo titulado Derecho Penal como *Ultima Ratio*. Hacia Una Política Criminal Racional, al tocar el tema, considerando que el principio de ultima razón es la talanquera al poder punitivo del Estado, expresa: "...las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios que brinden un contenido material, sobre todo considerando el basamento político que subyace en este principio, por cuanto la decisión de intervenir penalmente es del legislador" (2008, p. 283). Más adelante, continúa precisando: "resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario el Derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad" (2008, p. 283).

Es este, precisamente, el aporte intelectual que se busca suministrar dentro de la temática tratada, en cuanto no es necesario la creación de una nueva ley para solucionar el problema planteado, sino que basta con la normatividad vigente, las que son suficientes no solo para enfrentar sino para solucionar la aparente dificultad

producto del normal desenvolvimiento de la sociedad en evolución sin que se recurra al estricto apego de una hermenéutica jurídica ceñida a la exégesis.

Por el contrario, el Juez debe tomar conciencia de que tiene la capacidad creadora mediante una interpretación que fije el sentido autorizado de las disposiciones legales sin olvidarse del riguroso sometimiento al imperio de la ley.

Bajo esta directriz, dentro de una interpretación sistemática, que de acuerdo con el artículo 30 del Código Civil colombiano, es puntual en señalar: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (Congreso de la República de Colombia, 1887).

El artículo 5 de la Ley 153 de 1887, al sentar las bases de la armonización de las normas, expresa: “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (Congreso de la República de Colombia, 1887).

Dentro de esta línea del pensamiento, para interpretar adecuadamente el artículo 32 del Código Penal, hay que recurrir a lo determinado por la Corte al establecer constitucionalmente el “Derecho Penal del Acto” proscribiendo el “Derecho Penal de Autor”. La Corte Constitucional colombiana habla del “Derecho Penal Culpabilista” como objeto de “Constitucionalización”, lo cual materializa mediante Sentencia C-370/02 (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

Es decir, que el ejercicio de la facultad sancionatoria penal debe entrar en acción solo cuando las demás opciones de control han fracasado. Por ello, en la presente investigación, con la dinámica de exploración utilizada, se exponen lineamientos de interpretación jurídica basados en los elementos teóricos

adecuados, con las consideraciones y conclusiones con validez contextual y aplicabilidad real, en busca de delinear y construir una hermenéutica jurídica coherente, racional y eficaz en el marco de un Estado social y democrático de derecho (que involucra una interpretación crítica y completa del artículo 33 del Código Penal).

Además, la Constitución establece, en su artículo primero, los principios en que se basa el Estado Social de Derecho, entre los que se encuentra el principio que el interés general prima sobre el particular, así como el artículo 58 de la Carta Política que preceptúa: “el interés privado deberá ceder al interés público o social” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En una interpretación sistemática de la norma, armonizando los intereses encontrados, el Estado solo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales, en donde una persona en especial condición, como los combatientes adultos objeto de la investigación, en lugar de una sanción, requieren protección y rehabilitación para reintegrarlos o recuperándolos a la familia como sujetos útiles a la sociedad, en busca del bien común para obtener el fin social.

II. Inimputabilidad como resultado de la particular manera de ver e interpretar el mundo.

De la lectura del artículo 33 del Código Penal, se concluye que al combatiente adulto en estudio, se le debe considerar inimputable por asimilación a la “Diversidad Sociocultural”, bajo el entendido que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino a la particular manera de ver e interpretar el mundo, como resultado de la específica representación que tiene del universo. En este caso, como consecuencia que desde niño su formación moral, ética, anímica y cultural se le debe a la influencia que le ha impuesto el grupo alzado en armas.

1. ¿Cuándo se puede considerar la aplicación de la ausencia de responsabilidad?

Se obre bajo insuperable coacción ajena

Para el reconocimiento de esta causal, es necesario considerar aspectos como: que sea provocado por un miedo a sufrir un mal, actual o inminente; que ese miedo sea insuperable; la ilegalidad del mal amenazado; que el miedo debe ser el único móvil que induzca al agente a actuar y que no se tenga la obligación de soportar el peligro. Faltando cualquiera de las mencionadas condiciones, desaparece la causal de eximente. En el caso del combatiente adulto, no es aplicable, toda vez que su actuar no está circunscrito al miedo, sino al convencimiento que tiene que su actuar está justificado por los ideales del grupo.

Se obre impulsado por miedo insuperable

En el artículo 32 del Código Penal no especifica ni establece de manera clara ningún parámetro para concretar en qué consiste el miedo superable y cuándo es insuperable, por lo que se deja la interpretación a la discrecionalidad del juez al juzgar cada caso en concreto, por tratarse de una categoría difusa, compleja y difícil de establecer.

Pero, para el caso del combatiente adulto esta figura no opera, al ostentar la calidad de victimario, y su actuación está condicionada por las directivas del grupo insurgente, ya que la eximente de responsabilidad penal solo opera en la medida en que sea capaz de nublar la facultad racional del hombre y que le impida comprender los efectos de su acción. Ninguna de las dos condicionantes es aplicable, pues su facultad racional está lúcida en la medida en que tiene conciencia de que su actuación está por fuera de la ley, pero con la justificante en cuanto es un

medio para derrocar al gobierno legítimamente constituido, al considerarlo corrupto y opresor del pueblo.

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. Para Bustos y Hormazábal, (1997), el error lo definen bien como una falsa apreciación –error en sentido estricto- o como una ausencia de conocimiento –ignorancia- (p- 243).

Se obre con error invencible de la licitud de su conducta

Para precisar el saber de la antijuridicidad, es suficiente que la persona haya contado con la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, en donde se tiene que el combatiente adulto es sabedor que su proceder está por fuera de la legalidad, pero que ese es el medio para que el grupo consiga derrocar al gobierno, lo que impone que no sea aplicable la eximente en mención.

El error invencible sobre circunstancias de atenuación punitiva

En este punto, son aplicables los mismos argumentos del numeral anterior. Toda vez que en su actuar el combatiente adulto no entra en consideraciones de esta naturaleza. Él parte, de manera generalizada, del principio que su actuación es ilícita

2. ¿Cómo deben ser tratados los Combatientes adultos?

En este punto se debe tener en cuenta la advertencia que hace la Sala de Justicia y Paz cuando afirma:

Es necesario resaltar la situación de los postulados que fueron reclutados por los grupos armados ilegales, siendo menores de edad y que se desmovilizaron después de alcanzar la mayoría de edad y por ello están abocados al mismo tratamiento de los postulados que ingresaron y dejaron las armas en su condición de adultos...Lo primero que se debe señalar, es que no existe una ruta institucional que haga reconocible a quien ingresó a la estructura armada ilegal cuando era niño o niña o adolescente y en su mayoría de edad, decide abandonar el conflicto armado. Esta trascendental decisión, se ve disminuida al saber que es sujeto de responsabilidad penal en las mismas condiciones de un adulto que delinquiró desde su mayoría de edad. Como es una población no reconocible, especulativamente, se indica que en este momento se trata de personas que se encuentran incorporados a la estructura armada ilegal y cuentan con 20 a 25 años de edad. Por eso, es importante diseñar una legislación especial para esta población, con adecuados criterios de política criminal y con una ajustada comprensión de la condición de quien se ve involucrado en el conflicto armado desde tan corta edad (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2016).

No es necesaria una reforma legislativa, con miras a una legislación especial, como lo plantea el Tribunal, para afrontar la responsabilidad penal de los adultos combatientes de las FARC-EP cuando estos previamente han sido víctimas de reclutamiento ilícito de menores, basta con recurrir a las normas establecidas y vigentes para concluir si estas personas se les deben considerar inimputables y

objeto de medidas de seguridad o, por el contrario, reconocer que están impulsados por el error invencible de prohibición y, por consiguiente, ser absueltos por su conducta típica y antijurídica.

Clasificación del error de prohibición

Para dilucidar el tema, se ha de partir de la clarificación y de las implicaciones que tiene el concepto de error invencible o vencible de prohibición, habida consideración a que si el error era invencible excluye la imputación subjetiva tanto a título de dolo como a título de imprudencia –o culpa-, y si es vencible la imputación subjetiva se realiza a título temerario o imprudente. Es decir, culposo.

Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

En razón a lo visto, se impone la necesidad de estudiar el concepto de culpabilidad, en el entendido de que al autor de un hecho punible es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche o la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción, para que se pueda establecer responsabilidad penal.

El tipo subjetivo en los delitos dolosos está conformado por el dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito

(*dolusnaturalis*), de lo que se deduce que son, por tanto, dos los elementos que integran el dolo: el elemento intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo. Ante la ausencia del primero de los mencionados elementos, se está ante una conducta no objeto de sanción penal, precisamente por ausencia de culpabilidad.

Razón suficiente para que se pregone aquel deber jurídico que tiene el operador judicial en el ejercicio de sus funciones, cual es el partir de la premisa de que los jueces ordinarios gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues solo están sometidos al imperio de la ley, lo que lleva implícito el fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales.

Sobre la base de esos presupuestos, al juzgarse a los adultos combatientes de las FARC-EP cuando estos previamente han sido víctimas de reclutamiento ilícito de menores, no se puede a *prima fase*, (a primera vista), descartar las otras expectativas subsiguientes que puedan ocurrir y hacer cambiar de opinión o parecer del operador judicial.

La adecuada evaluación de las especiales circunstancias del procesado, partiendo de la edad y lugar de su ingreso al grupo subversivo FARC-EP, así como el teatro de operaciones en que se desarrolló, las funciones ejercidas y la familiaridad con la población civil, con énfasis en el grado de integración y de las oportunidades de comprensión de las reglas de la sociedad.

Pero, como lo expresara en sus apuntes, Esther Hava García,

El contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción (u omisión) desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción) (Hava, 2012, p.1).

Comprobado que la conducta desplegada por el agente es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal (esto es, que la conducta realizada es típica), lo que sigue es dilucidar si se ha cometido un delito, es la determinación de la culpabilidad. Esto es, la constatación de que el hecho realizado es contrario a Derecho y, además, que la persona haya actuado con culpabilidad.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, citado por Fernando Velásquez V., cuando escribe sobre la trayectoria histórica que ha tenido la evolución del concepto de culpabilidad: "no se crea que la evolución, desde la burda responsabilidad material a la culpabilidad, se hizo rápidamente que muchos siglos han sido necesarios para lograrla y todavía no está el ciclo terminado" (p. 102).

Si se tiene en cuenta que el Derecho de los pueblos más antiguos de la Humanidad se basaba en el castigo por la sola producción del resultado dañoso (responsabilidad sin culpa), y que la culpabilidad se fue acuñando a través de los siglos hasta llegar a los modernos derechos penales, en los cuales rige el principio de culpabilidad con amplitud (responsabilidad por la culpa), se entiende por qué solo en el siglo XIX se acuña como tal la categoría examinada aunque sus raíces se encuentran en la ciencia penal italiana de la Baja Edad Media y en la doctrina del Derecho Común de los siglos XVI y XVIII, elaborado a partir de aquel (Velásquez, 1993, p.1).

La propia Corte Constitucional, al tocar el tema del Principio de culpabilidad, aclara la diferencia y especifica sus consecuencias entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor, lo que cobra gran importancia en el tema aquí tratado, ya que en esa oportunidad se dilucidó:

El principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito...; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

III. Régimen de responsabilidad penal

En un desarrollo jurisprudencial coherente, ya con antelación la Corte Constitucional de Colombia, (2002), al tocar el tema de responsabilidad penal, en la Sentencia C-279, hace la siguiente distinción: Primero, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y, otro, los inimputables, a quienes al momento del delito no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente, razón por la cual el Código Penal no establece penas, sobre la base que se violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Como quiera que la precitada cita jurisprudencial habla de la eventual exclusión de aplicación de las Medidas de Seguridad al hecho punible realizado por los inimputables, de que trata el artículo 33 del Código Penal, cuando se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad del artículo 32 de la misma norma, impone que se hagan algunas precisiones:

1. Reclutamiento ilícito de menores como práctica de las FARC-EP.

En el Informe del 18 de marzo de 2016, elaborado por el Grupo de Policía Judicial adscrito a la Dirección de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, al evidenciar el reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes por parte de la FARC-EP, se dejó establecido que:

Los municipios que registran mayor reclutamiento en el Meta son: Vistahermosa con 74 hechos, La Uribe con 59 y Puerto Rico con 37. Los municipios de Vistahermosa y la Uribe pertenecieron a la Zona de Distensión (1998- 2002), años en los cuales las FARC-EP ejerció un control territorial, militar y político, factores que influyeron en la incorporación masiva de NNA (p.48).

2. Factores de riesgo favorecedores para el reclutamiento

La incorporación, según el informe de la Fiscalía, se encontraron varios factores de riesgo, como;

La falta de presencia estatal y de las instituciones, la economía cocalera como trampolín para el ingreso a la organización, la falta de recursos y el control territorial de los frentes, particularmente en departamentos como el Meta, Vichada, Guaviare, sumado al uso de la zona de distensión, en el marco de una política expansionista y de crecimiento en hombres y armas en la búsqueda de la toma del poder como fin último (Fiscalía General de la Nación, 2016, p.88).

3. Maneras de efectuar el reclutamiento

En el mismo informe, al tratar sobre el tema de las características como reclutan a los niños, niñas y adolescentes, se estableció:

Este factor motivacional hace referencia a que los NNA se iban a las filas de las FARC-EP, salvaguardando su propia integridad o la de sus familiares, en el entendido de que eran amenazados de muerte o desplazados si no se incorporaban, siendo tildados en ocasiones de ser colaboradores o pertenecer a bandos rivales (Fiscalía General de la Nación, 2016, p.85).

Teniendo en cuenta que el informe referenciado es elaborado por la Unidad de Fiscalía que maneja a nivel nacional, de forma macro, la totalidad del tema de las FARC-EP, lo que hace que tenga especial importancia en cuando se detallan los movimientos o actividades que desarrollan los menores, durante la permanencia en el grupo, ya que establecieron:

(...) los cursos básicos que tiene como objetivo la inmersión del menor en dinámicas de la organización guerrillera, la asistencia a las escuelas de formación, las sanciones por la comisión de algún delito o falta disciplinaria como lo contempla la organización subversiva y las funciones dentro del mismo grupo, asimismo, las condiciones del manejo de explosivos, sus actividades como rampleros, elaboración de minas y, las consecuencias que le generan estos actos, así como la forma de realizar los consejos de guerra donde podría terminarse con el fusilamiento del menor (Fiscalía General de la Nación, 2016, p.87).

De la manera cómo piensa y actúan las FARC-EP, es necesario avocar el estudio de artículo 32 del Código Penal, en cuanto trata el tema de la ausencia de responsabilidad, en las precisas eventualidades de: numeral 8. “Se obre bajo insuperable coacción ajena;” 9. “Se obre impulsado por miedo insuperable;” 10. “Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo

de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa” y, numeral 11. “Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Es cierto que las FAC-EP, dentro de su acostumbrada práctica de control que ellos denominan adoctrinamiento, están incluidas aquellas técnicas de control, las que se despliegan por medio de procedimientos, estrategias, recursos e influencias, lo que coinciden con lo descrito, en los mecanismos empleados por la Red de Apoyo para las Víctimas de Sectas, por medio del artículo Técnicas de Control y su Propósito.

En el artículo se dice que va “destruyendo la identidad original del sujeto (creencias, sentimientos, emociones, dignidad, conducta, pensamiento, etc.) y la sustituye por otra cuya característica más sobresaliente, la docilidad ante las órdenes, el sometimiento y la dependencia psicológica” (Red de apoyo para las víctimas de sectas, 2009).

En uno y otro caso, existe identidad de resultado. En similares condiciones a los tratados en la Red de Apoyo para las Víctimas de Sectas, en Técnicas de Control y Sus Propósitos en las sectas.

Lo expresado tiene concordancia y validez, en el actuar de las FARC-EP, cuando en la Sentencia condenatoria de 2010, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, proferida dentro del Radicado 078 2006, expuso:

En el mismo sentido es de público conocimiento que para el ejercicio de sus actividades terroristas utilizan como se ha observado hasta la fecha, a menores de edad, sin ninguna contemplación con los más

pequeños, ya que según se concluye del plenario se reclutan a niños de hasta ocho años de edad, como lo señalan entre otros, Héctor Martínez Mestizo y Dolly Castellanos Ramírez, para exponerlos a todo tipo de peligros, primero alejándolos de sus padres, del seno de sus hogares y de la vida normal que deben disfrutar como niños, como lo son los juegos, el estudio y el amor de la familia (Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, 2006).

En esa misma Sentencia, se detalla la manera como son incorporados, así del proceso y efectos de las técnicas de persuasión, que comienza con el aislamiento total de la familia, lo que perdura por siempre desde su incorporación con las consecuencias psicológicas que ello conlleva. En la Sentencia se dice:

Como se vio en algunas de las declaraciones atrás reseñadas, algunos niños provenían de familias deterioradas, circunstancias que aprovechaban los subversivos para proponerles enrolarse en la guerrilla porque allí recibirían dinero y podrían ver a sus seres queridos por ciertos periodos, promesas que resultaron ser solo eso, falsas ilusiones para quienes pensaron que esa podría ser la salida a algunas de sus aflicciones. Lo que se encontraron al llegar a los campamentos y vivir día a día las inclemencias de estar lejos de sus casas a la merced de las ordenes de los comandantes de cada compañía,” (Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, 2006).

Lo que se ha demostrado con los casos documentados, los comandantes de la FARC-EP, los someten a un “Adoctrinamiento” basado en los conceptos de que “El fin justifica los medios”, en donde no se desconoce la ilicitud de su conducta sino que a los hechos punibles los justifican por el fin último que es la toma del poder por parte del proletariado y, de ahí deviene que a la extorsión le llaman vacuna o impuesto de guerra, al secuestro lo denominan “toma de rehenes”, a los homicidios

los denominan “bajas en combate” y, así sucesivamente. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2016).

En este orden de ideas y con base al adoctrinamiento recibido por los combatientes adultos en estudio, están determinados a no tener la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Razón por la cual se pueden asimilar al concepto de diversidad sociocultural que trata el artículo 33 del Código Penal Colombiano y, consecuentemente considerárseles como inimputables.

Sobre el tema se indica que “La Antijuricidad es objetiva solo en un juicio de valor general, (porque el orden jurídico es objetivo, es la norma la que determina la ilicitud de una conducta) -mientras que su objeto, la acción, es a este respecto una unidad, de elementos objetivos y subjetivos (exteriorización de voluntad y finalidad)” (Gaitán, 2009).

A su turno, el artículo 33 ibídem, que envuelve la Inimputabilidad, sostiene que: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.” (Congreso de la República de Colombia, 2000). Lo que quiere decir, que el concepto “estados similares” queda bajo la potestad del operador judicial el considerar cuáles casos son ubicables dentro de éste calificativo, que como queda evidente no se circunscribe a la población aborígen, sino que queda abierta.

Es importante considerar que, dentro de una interpretación sistemática de hermenéutica jurídica, para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta y, para el caso de los

subversivos, como se ha visto, existe la conciencia de la antijuridicidad de su actuar, aun cuando se coloquen en el terreno de las falsas justificaciones. Pues, saben que están en la ilegitimidad y que su lucha está centrada en el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido.

Se van a plantear criterios que deben valorar los operadores jurídicos a fin de llegar a considerar sobre la aplicación de la Inimputabilidad, respecto al desmovilizado adulto que fue víctima del reclutamiento ilícito, pero que no se tienen como tal de cara al marco del conflicto armado, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1448 de 2011, concepto que ha sido aclarador cuando se indica “que solo son víctimas quienes sufren el daño como producto de las infracciones ocurridas con ocasión del Conflicto Armado” (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Para la Corte la expresión “con ocasión del conflicto armado”, inserta en la definición operativa de “víctima” establecida en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad. Por motivo de esa norma, al desmovilizado de la guerrilla no es posible considerarlo como víctima.

Ahora, en cuanto a la tipificación y penalización del delito de reclutamiento y la inducción al ingreso de los menores, es totalmente independiente que tales conductas sean producto de una aparente decisión voluntaria del menor o de una acción forzada, ya que tales elementos ni están en el tipo penal ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso, por lo que no son necesarios para la tipificación del reclutamiento o la inducción referida.

Además, en la legislación nacional, los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en la norma.

La norma busca la protección del menor, ya que se parte del supuesto del vicio del consentimiento al momento del reclutamiento, así aparentemente esté concediendo su autorización.

El ingreso de los niños, niñas y adolescentes del campo y las zonas marginales colombianas a las guerrillas y los grupos paramilitares es el resultado de la manipulación perversa y engañosa, por parte de los miembros de estas estructuras criminales, de diversos y complejos factores de vulnerabilidad y presión materiales y psicológicos a los que tales menores de edad están sujetos. Por ello, el reclutamiento de un menor para incorporarlo al conflicto armado siempre será un acto de carácter coercitivo (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Cabe resaltar, precisamente, que de ahí es en donde arranca el adoctrinamiento del menor que crece y se desarrolla bajo la propia cosmovisión del grupo armado, en donde después de convertirse en adulto, este no es más que el resultado de las doctrinas impuestas por el grupo insurgente que distorsiona la realidad.

Lo anterior no impide que el Estado claudique como lo ha dicho la Corte Constitucional.

Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

B. La validez del resultado de la investigación frente al acuerdo final para la paz.

De conformidad con el numeral 25, en consonancia con los numeral 40 y 41 del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, de noviembre 12 de 2016, firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, pendiente de refrendación, se acordó que hay delitos que no son amniables ni indultables, como son los delitos de lesa humanidad y los definidos en el Estatuto de Roma. (p. 144). Así mismo, estableció que “las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, serán juzgadas por la jurisdicción especial, sin que ello implique la sustitución de la jurisdicción ordinaria.” (p.129), jurisdicción que será aplicable únicamente a conductas cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo. (p. 144). Por otra parte, en el numeral 22 aclara que en materia de justicia, conforme a lo ordenado por el Derecho Internacional, el Estado colombiano tiene el deber legal de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario (p.147).

El sistema Penal colombiano se instituyó para ser aplicado en tiempos de normalidad, no contempló condiciones de excepción y, en escenarios de confrontación armada, situación que hasta hace poco se le reconoció su existencia, en mayo de 2011, por parte del Gobierno de Juan Manuel Santos Calderón y, hoy día con el Acuerdo de Paz definitivo, firmado en noviembre 12 de 2016, se evidencia la afectación de toda una estructura legal que envuelve fuertes variaciones, sobre todo en el terreno de la legitimidad de la pena y de los mecanismos alternos que deban sustituir a dicha estructura formal y material, lo que hace totalmente vigente la aplicación de la propuesta de la investigación, por las siguientes razones:

Un proceso de Paz es el resultado ponderado entre dos posiciones ideológicamente enfrentadas, en donde la protección o garantía del derecho de una de las partes envuelve la restricción, en alguna medida, de la satisfacción de otro. Es decir, lograr un consenso sobre la base de un punto intermedio.

De acuerdo con el acontecer político actual del país, ha quedado claro el futuro de la paz de Colombia no se circunscribe exclusivamente al establecimiento de penas privativas de la libertad sino a una justicia sin impunidad, razón por la cual toman eficacia los planteamientos de la investigación, la cual concluyó que los combatientes adultos no deben ser considerados objeto de una pena sino de una medida de seguridad.

Esta conclusión le cierra las puertas para que tenga pretexto la Corte Penal Internacional, para una intervención hacia a futuro. Pues, precisamente ella no limita la capacidad de crear medidas especiales de cumplimiento de penas o penas alternativas, siempre y cuando estas sean efectivas y permitan contribuir a la garantía de los derechos de las víctimas, la verdad, y a garantizar la no repetición de los hechos atroces del pasado.

También la sociedad, en conjunto, verá con la aplicación de la propuesta, la congruente oportunidad de conseguir el fortalecimiento de las instituciones, desde el punto de vista de su democracia, que la observará tolerantes, inclusiva sin ser encubridora, pero si garantista.

Conclusiones

Visto lo anterior, y comprobada la hipótesis de afectación del principio de un juicio justo para los combatientes adultos de las FARC-EP, quienes fueron víctimas de reclutamiento forzado, al no considerarse la especial condición de inimputables, toda vez que, por ser personas que la forma de pensar y actuar se centra en la

doctrina política y militar recibida del grupo subversivo, que es el resultado de haber permanecido influenciado desde niño y durante la permanencia en el grupo insurrecto, pero que tienen la capacidad de comprender su actuar ilícito, así sea de índole erróneo. Por ello, se concluye que:

No es necesario expedir una nueva norma para juzgarlos, como se ha propuesto por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sino que, apoyado en la legislación vigente y, simplemente recurriendo a la función creadora del juez, con base en su compromiso de interprete y unificador del ordenamiento positivo, la que debe quedar plasmada en sus sentencias, basado en la edificación y ponderación de principios de derecho, ya que gozan de independencia funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones y no solo pueden sino que deben considerar las especiales condiciones de que los desmovilizados adultos son personas en las que su cosmovisión se centra en la doctrina del grupo subversivo.

En ese escenario, de reconocer la calidad de inimputables a los adultos combatientes por asimilación a la diversidad sociocultural que trata el inciso primero del artículo 33 del Código Penal, que habla de los estados similares a la diversidad sociocultural, entendida esta última generalmente atribuible a los indígenas, pero que no es exclusiva a ellos, es donde se le da sentido a las instituciones jurídicas, fijándole al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, dirigida hacia la realización de los fines constitucionales de un Estado Social de Derecho, que deben estar adecuadas a la complejidad y particularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. En ese procedimiento, el Juez, como lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia (2001), no puede perder del horizonte de que la Constitución y la ley son los puntos de partida necesarios de la actividad judicial.

La situación que se ha planteado a raíz del resultado de la presente investigación, de darles el tratamiento de inimputables, coincide con lo expresado por la judicatura, por medio de sentencia en firma, en el sentido de que es legítimamente aplicable el tratamiento diferencial a los combatientes adultos que fueron víctima de reclutamiento ilícito, sin distinción al grupo armado ilegal a que pertenezcan, con la condición de que sea dentro del conflicto armado en Colombia.

Teniendo en cuenta que en el acuerdo de la Habana quedó claro que hay delitos que no pueden ser objeto de indulto o amnistiables, como lo son los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que serán juzgados bajo la jurisdicción especial, pero con el respeto a la legislación colombiana vigente, permite que se tenga en consideración la propuesta resultado de la investigación, en el sentido de dar el tratamiento de inimputable al combatiente adulto que ha sido víctima de reclutamiento ilícito.

Referencias

Bustos, J. (1997). Lecciones de derecho penal. Madrid: Trotta.

Carnevali, R. (2008). Derecho penal como *última ratio* hacia una política criminal racional. Disponible en:
http://www.s*cielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002

Constitución Política de Colombia/1991. 2 de julio. Diario oficial 40995-1.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-647/2001 (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra), 20 de junio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836/2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil) 9 de agosto.

Corte Constitucional de Colombia. Auto 251/2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), 6 de octubre.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381/2009 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) 28 de mayo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253A/2012 (M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 29 de marzo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365/2012 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 16 de mayo.

Fiscalía General de la Nación de Colombia. (2016). Informe del patrón de macrocriminalidad del eje temático de reclutamiento ilícito. Informe de investigador de campo. Bogotá.

Gaitán, A. (02 de octubre de 2009). Injusto Penal. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

Hava, E. (22 de octubre de 2012). Concepto de antijuricidad formal y material. Disponible en: <http://www.infoderechopenal.es/2012/10/desvalor-de-accion-desvalor-de-resultado.html>

Jiménez, L. (1970). Tratado de derecho penal tomo v. Buenos Aires: Lozada.

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga. Radicado 078-2006/2010 (Juez.: Floreddy González Sánchez), 23 de septiembre.

Ley 57/1887. Por la cual se expide el Código Civil Colombiano. 26 de mayo. Sin publicación diario oficial.

Ley 153/1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. 15 de agosto. Diario Oficial 7151.

Ley 599/2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio. Diario Oficial No. 44.097.

Ley 1448/2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio. Diario Oficial 48096.

Red de apoyo para víctimas de sectas. (2009). Técnicas de control y sus propósitos. Disponible en: <http://victimasectas.com/TecnicasDeControl.html>

Sin autor. (12 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Espectador. Disponible

en:

http://www.elespectador.com/files/pdf_files/597c60eb35c55f02629da71e72e51921.pdf

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Radicación 110016000253200783019/2016 (M. P.: Alexandra Valencia Molina), 25 de julio.

Velásquez, F. (1993). La culpabilidad y el Principio de Culpabilidad. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf