



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado ponente

AP5920-2021
Radicación 58457
Aprobado acta No 326

Bogotá, D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Sala se ocupa de resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de Nación y la apoderada de víctimas, contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, el 21 de octubre de 2020, mediante la cual, el Magistrado con Función de Control de Garantías de esa Corporación, no impuso medida de aseguramiento en contra de *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas, Luis Carlos Bobadilla Espitia y Carlos Alirio Ortiz Riales*, por uno de los hechos imputados como integrantes del grupo Ejército Revolucionario del Pueblo- E.R.P.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES¹

1. En audiencia del 25 de agosto de 2020, la Fiscalía formuló imputación a *Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas, Luis Carlos Bobadilla Espitia y Carlos Alirio Ortiz Reales*, por varias conductas, entre ellas, reclutamiento ilícito, toma de rehenes, homicidio, desplazamiento forzado, y exacciones o contribuciones arbitrarias.

De manera particular, y para lo que importa a este asunto, la Fiscalía atribuyó a *Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas*, la comisión de las siguientes conductas delictivas (hecho No. 7):

«Actos de terrorismo, tentativa de homicidio en persona protegida, utilización de métodos de guerra ilícitos y homicidio del artículo 172 (sic), 135 y 103, aquí las víctimas son Evis Alberto Paternina Barreto, quien sale herido, Rubén Darío Sánchez Álvarez que fallece, Dewin Fernando Torres quien sale herido, y Alexander Baca Sánchez, quien fallece, este es un atentado que se hace contra integrantes de la Armada que iban en un camión, le colocaron un explosivo, cuando el camión pasaba y luego se tranzaron en disparos contra las personas que iban en el camión, y es donde fallecen dos e hieren a dos y el conductor era un civil. El hecho ocurrió el 31 de mayo de 1999 (sic) en campo abierto para Wilmer de Jesús Vanegas, viene por un control territorial, una presencia armada (...)»²

A inquietud realizada por el Magistrado sobre la fecha de los hechos y conductas reprobadas, la fiscalía indicó que los hechos ocurrieron el «22 de mayo de 1999», y por «actos de terrorismo del 144, utilización de métodos de guerra ilícitos del 132, homicidio en persona protegida del 135, homicidio del 103

¹ Se resumen los relevantes para esta decisión.

² Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 31:49

y tentativa de homicidio del 103 en concordancia con el artículo 27»³.

Ante lo cual expresó el Magistrado, a modo de resumen, que se imputaban los siguientes comportamientos punibles:

«homicidio en persona protegida, por el conductor, que es un civil y, homicidio simple por los integrantes de la Armada (...) y tentativa de homicidio del 103»⁴

Esa calificación se mantuvo por la delegada fiscal, respecto de los decesos de los miembros de la Fuerza Pública ante la observación de la defensa de que fueron cometidos en combate⁵.

En los anteriores términos, el Magistrado⁶ declaró legalmente formulada la imputación para cada uno de los postulados por los hechos reseñados por la Fiscalía en audiencia.

2. En la misma diligencia⁷, el ente investigador solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad para *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas, Luis Carlos Bobadilla Espitia y Carlos Alirio Ortiz Riales*, conforme con lo

³ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 30:00

⁴ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 34:27

⁵ Así lo manifestó la delegada de la Fiscalía General de Nación: *«señoría es que, por eso viene como homicidio del 103 y 104 y no en persona protegida, para efectos de los que pertenecen a los grupos armados, a no ser que se hubiese demostrado una situación de exceso, iría con 135 DIH, por eso va con homicidio del 103, un homicidio normal, precisamente por esa manifestación de la doctora.»* Registro de la audiencia, a partir del minuto 40:00

⁶ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 44:08

⁷ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 45:00

previsto en el artículo 18 de la Ley 975 de 2005 y lo destacado en auto proferido en el radicado 34606⁸, de la Corte Suprema de Justicia.

En sustento de ello, expresó que *(i)* cada uno de los postulados abandonaron sus armas y fueron certificados por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, lo cual, acredita su pertenencia al grupo armado y voluntad de desmovilizarse; *(ii)* los hechos que fueron imputados ocurrieron durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado, y *(iii)* previamente, realizó diligencias de versión libre con cada uno de ellos, a través de las cuales, éstos relataron los sucesos y aceptaron su participación, incluso, con asistencia de las víctimas.

Finalmente, refirió los elementos que respaldaban la sindicación efectuada a los postulados por los sucesos imputados, y la debida garantía de los derechos de las víctimas, todo, en el marco de la Ley 975 de 2005.

Por lo anterior, reiteró su petición de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión, por los delitos de reclutamiento ilícito en concurso homogéneo y sucesivo (art. 162 del Código Penal), toma de rehenes (art. 148), destrucción de bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (art. 154), actos de terrorismo (art. 144), homicidio (art. 103), homicidio en persona protegida (art. 135), utilización de métodos de guerra ilícitos (art. 142), deportación y expulsión de la población civil, en

⁸ Si bien se mencionó que era del 16 de diciembre de 2010, se corrobora que la decisión es del 9 de diciembre.

concurso homogéneo y sucesivo (art. 159), y exacción forzada (art. 163).

La defensa, ante ello⁹, no se opuso a la medida.

3. El Magistrado con función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, en audiencia del 21 de octubre de 2020, resolvió imponer la medida de aseguramiento pretendida por los hechos imputados, *excepto* para el caso rotulado No. 7 por la Fiscalía, donde resultaron víctimas Evis Alberto Paternina Barreto, Dewin Fernando Torres Gazabo, Alexander Baca Sánchez y Rubén Darío Sánchez Álvarez.

4. Contra esta última determinación, la delegada fiscal y la representante de víctimas, interpuso recurso de apelación, lo que motiva el conocimiento de la actuación por la Corte.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Magistrado de la Sala de Justicia y Paz de Barranquilla, con función de Control de Garantías, una vez caracterizó la medida de aseguramiento en el régimen de la Ley de Justicia y Paz, conforme con los lineamientos de la providencia CSJ AP, 9 dic. 2010, Rad. 34606, y enunció los presupuestos requeridos para su imposición, a saber: (i) que el postulado cumpla con los requisitos de elegibilidad, (ii) se haya realizado una imputación en justicia y paz, a través de

⁹ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_25082020_01.mp3, a partir del minuto 54:52.

la cual se comuniquen los hechos y delitos que se le atribuyen, con la posibilidad de que los intervinientes expongan sus observaciones y, (iii) la existencia de elementos probatorios que permitan inferir que los postulados son autores o partícipes de uno o varios de los punibles que se investigan con ocasión su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, destacó¹⁰ la improcedencia de la medida cautelar por el hecho identificado con el número 7.

Sobre ese particular, luego de precisar que los hechos acaecidos el 22 de mayo de 1999 -a partir de la declaración de Evis Alberto Paternina Barreto-, se remitían a la activación de un campo minado, cuando transitaba el vehículo donde se desplazaban miembros de la Infantería de Marina que interrumpió su paso y, posteriormente, dio lugar a una confrontación armada en la que resultaron fallecidos el infante Alexander Baca Sánchez y Rubén Darío Sánchez Álvarez (conductor civil) y lesionados Dewin Fernando Torres Gazabo y Evis Alberto Paternina Barreto (infantes de marina), sostuvo que, a pesar de lo lamentable de ese acontecer relatado y de la solidaridad que despierta en ese Tribunal, ese supuesto fáctico *«no alcanza a cumplir el fundamento de punibilidad para que se imponga medida de aseguramiento»*, por ninguna de las conductas imputadas, esto es homicidio en persona protegida (por el civil), homicidio y tentativa de homicidio (por los miembros de las fuerzas militares).

¹⁰ Registro del audio 08001225200120200003000_21102020_01, a partir del minuto 45:15

Fundamentó su criterio de la siguiente forma:

1. Si bien es cierto que no le compete realizar un control de legalidad a los cargos, al ser ello propio de la Sala de Conocimiento, no lo es menos que para pronunciarse sobre la privación de la libertad (artículo 18 de la Ley 975 de 2005), conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema, *«puede y debe hacer un estudio en el punto de inferencia al valorar la evidencia, con ocasión de la adecuación que haya hecho la Fiscalía»*.

2. En ese sentido, encontró a partir del contenido de la entrevista de Evis Alberto Paternina Barreto y la compañera permanente de Rubén Darío Sánchez Álvarez, que los hechos fueron propios de combate y en esa medida, no susceptibles de enjuiciamientos al responder a un ataque del grupo armado en contra de un objetivo militar para obtener, una ventaja de igual consideración.

Así lo explicó:

«Cuando hay un conflicto, lo obvio, lo que se admite por el derecho internacional, es que uno de los bandos en combate pretenda obtener ventaja militar frente al otro bando, ahí tenemos a un grupo subversivo que se enfrentó a la Armada Nacional, a las Fuerzas Militares, y así inclusive lo planteó la señora defensora cuando hizo su intervención, y por eso, el derecho internacional humanitario habla del principio de distinción, que consiste en tener claro quiénes son combatientes y quienes no lo son, quiénes son población civil o población o personal sanitario protegido o, personas que deponen sus armas o, personas que son doblegadas a pesar de haber sido combatientes para entenderlos que ya no son combatientes y por tanto personas protegidas. Entonces, si se atenta contra un civil, si se atenta contra un médico, si se atenta contra un combatiente que se ha rendido, entonces estaremos hablando de delito en el marco del conflicto

armado, el punto complejo aquí es, ¿qué pasa cuando se atenta contra el integrante del bando opuesto?

La jurisprudencia, ha tratado de contestar esa pregunta, y quizás para el año 2017 o 2016, lo hizo un tanto de manera genérica, pero creemos que la contestó, y la contestó cuando dijo que no es punible que las fuerzas militares ataquen los campamentos subversivos, por ejemplo, entonces, si estamos hablando en un escenario de guerra reconocido, conflicto armado interno, si atendiéramos la tesis de la fiscalía, de ser éste un homicidio, entonces también tendríamos que decir que cometen homicidio los militares que en ejercicio de sus funciones ubican un campamento subversivo, por ejemplo, en la selva, y lo bombardean, lo cual sabemos no es así. La Corte Constitucional en la sentencia C-291 del año 2007, nos dijo que:

“La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de ius cogens en sí misma. A este respecto debe recordarse que esta prohibición del Derecho Internacional Humanitario [cuál, la de matar a personas protegidas,] corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) circunstancia que según se indicó más arriba, es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados.

La violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional. El Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra en conflictos armados internacionales, en su artículo 8(2)(c)(i), el “homicidio en todas sus formas” en tanto manifestación de los “actos de violencia contra la vida y la persona” [y] también lo tipifican el Estatuto del Tribunal Penal [Internacional] para la Antigua Yugoslavia, [también] el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Carta de la Corte Especial para Sierra Leona [y], según ha demostrado minuciosamente el CICR en su trabajo de Sistematización, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate ha sido reafirmada de manera extensa por la jurisprudencia internacional y comparada, y en general por la práctica de la comunidad internacional.”

Esto entonces para advertir que es punible, es decir, es típicamente antijurídico y culpable, el atentar contra personas protegidas, pero aquí no se atentó contra personas protegidas, y

ni siquiera el conductor del camión era una persona protegida, en esas condiciones en ese contexto protegida.»¹¹

3. Igualmente, refirió que la Ley 1820 de 2016 y el Acto Legislativo 01 de 2016, como preceptivas emitidas con ocasión del proceso paz realizado con el grupo rebelde F.A.R.C., respaldan su interpretación, en particular, el artículo 23 la citada ley, que permite la amnistía o indulto para delitos conexos con el delito político, tales como «*las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario...*», de allí que, sostuvo que con esa norma, se estableció lo que a nivel internacional se permitía tácitamente, esto es, que en el curso de un conflicto armado se presenten bajas del grupo opuesto. Postura que, manifestó, avala la Corte Constitucional en sentencia C-007-2018.

4. Igualmente, hizo referencia a la sentencia C-171 de 2001, para extender la tesis, según la cual, la muerte que en combate ocasione la fuerza pública a los miembros de los grupos insurgentes no constituye jurídicamente un homicidio y no es tipificado como una conducta punible y, por ello, correlativamente, a los actores armados de los grupos adversarios; dejando, sólo como hecho punible, a partir de la sentencia CC C-251 de 2002, aquellas que sean producidas fuera de combate, en tanto, éstas sí lesionan los derechos humanos y contrarían la Constitución.

¹¹ Registro del audio 08001225200120200003000_21102020_01, a partir de la hora 01:14:00

Esto, para sostener que:

«...el delito o la conducta, en ese asunto, lamentable y por supuesto reprochable en el escenario de resultado social y dramático, en el ámbito familiar, se dio en las personas de combatientes y en vehículos oficiales que les desplazaban, entonces, estamos hablando de que el ataque se dio contra objetivos militares, tanto bienes como personas que no hacen parte de lo que protege el Derecho Internacional Humanitario. Una consideración adicional, es que el artículo 30 transitorio de la Constitución Política es la que permite que se den esos, esa amnistía o ese indulto a los homicidios cometidos en combate. Entonces nótese que tenemos, la norma constitucional, la norma legal, la jurisprudencia nacional avalando esa no punibilidad de las muertes dadas en las personas de los combatientes.»¹²

5. Asimismo, refirió que si bien en el marco de las normas de Derecho Internacional de carácter consuetudinario 11, 12, 13, 14 y 70 recopiladas por el Comité Internacional de la Cruz Roja, estarían prohibidos los ataques indiscriminados contra la población civil en casos de conflictos armados internacionales, una interpretación sistemática y apoyada en la doctrina¹³, permite su aplicación a conflictos no internacionales, lo cual lleva a sostener que, en este caso, no hay reproche penal pues no se presentó una situación de tal naturaleza.

Ello porque, conforme con la evidencia, el campo minado que se activó lo fue en zona rural y al paso de una caravana militar (objetivo militar), y no se emplearon métodos de guerra prohibidos, si en cuenta se tiene que el Protocolo Adicional II del Convenio sobre armas

¹² Registro del audio 08001225200120200003000_21102020_01, partir de la hora 01:12:00

¹³ Citó a Jean-Marien Henckaerts y Louise Doswald-Beck, Derecho internacional Consuetudinario. Normas. CICR

convencionales, no impide el uso de estos elementos, salvo que estén dirigidos en contra de la población civil.

En esa línea, aseveró:

«...en el presente caso, primero, no hubo un ataque indiscriminado, pues hubo un objetivo militar preciso, el campo minado podía dirigirse en contra de los objetivos militares, los vehículos en donde transportaban a los militares, o los infantes de marina y además se podía limitar el método de combate para que no alcanzara a la población civil, porque lo decimos, porque se logró activar en el momento preciso en el que pasaba la caravana. En segundo lugar, la Sala encuentra que aquí no se usaron armas destinadas a causar un daño superfluo o innecesario, por el contrario, se pretendió una ventaja militar, se pretendió atacar al enemigo, quien, en este caso, era el Estado, y nótese lo que dijo el infante que fue entrevistado, el campo minado lo que hizo fue mover los vehículos y generar su inmovilización, y fue en ese momento donde empieza el intercambio de disparos, luego, fue un escenario de confrontación en el que se presentaron estos hechos. Tercero, no se usó un artefacto tipo portátil aparentemente inofensivo como lo prohíbe el protocolo, que dice que no se puede ir al extremo tampoco de engañar y utilizar aparatos portátiles que puedan generar un engaño en el escenario, algo así, como en una especie de equilibrio o una “lealtad” entre combatientes, ello aquí no se presentó, y tampoco se dio en una ciudad, como ya se había anotado, poblada, perdón, en una ciudad o en una zona poblada o donde hubiese concentración civil, por el contrario, se dio en una vía rural, en la vía que de San Onofre conduce al corregimiento de Palo Alto. Entonces, no puede decirse que había una premeditación para afectar a población civil. La Sala encuentra que en este caso concreto se respetó el principio de distinción, principio de distinción que como sabemos, advierte la diferencia entre combatientes y no combatientes, entre personas protegidas y personas combatientes lo dice la regla primera del derecho consuetudinario del Derecho Internacional Humanitario, el artículo 13 del Protocolo II Adicional a los protocolos de Ginebra y por supuesto, el Estatuto de Roma, creemos que también se cumplió la norma 14 que habla del principio de precaución, porque se programó el ataque en una zona rural, se programó el ataque en una zona alejada de la población civil y creemos que, es

proporcional o fue proporcional, porque no hubo un daño excesivo en comparación con la ventaja militar. Por supuesto que reconocemos que había un conductor que no había sido vinculado mediante acto administrativo de esa época como agente militar, pero era un servidor público que pertenecía a la nómina de la Armada Nacional, que utilizaba uniforme según lo que se nos ha presentado, según la entrevista de su esposa, que llevaba 6 años conduciendo el vehículo, entonces no era posible que personas ajenas a los documentos de nómina de la Armada Nacional, conocieran la situación especial que tenía el conductor, a los ojos de cualquier transeúnte él era un militar, entonces, en gracia de discusión, que se hubiese dado una afectación a una persona protegida como lo planteó la señora fiscal, en ese especial escenario, en ese particular escenario, conductor de vehículos de transporte de militares, 6 años en la institución, que fue militar, que después fue vinculado como civil pero que portaba uniforme, es imposible, por lo menos, con estos elementos, aplicar o decir que hay duda para aplicar el derecho internacional y decir que era una persona protegida.»¹⁴

6. Finalmente, citó la decisión adoptada por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, del 12 de febrero de 2020, en el caso de Marilú Ramírez Baquero, SAI-AOI-D-003-2020, en el que se reconoció a favor de aquélla, el beneficio de la amnistía por las conductas punibles que se habían cometido con ocasión de la explosión con carro bomba ocurrida el 19 de octubre de 2006 en las instalaciones de la Escuela Superior de Guerra, en Bogotá, al advertir que se encontraba dirigido contra un objetivo militar; supuesto fáctico que, para el a quo, se identifica con el caso sometido a su consideración.

En consecuencia, resolvió:

¹⁴ Registro del audio 08001225200120200003000_21102020_01, a partir de la hora 1:24: 28

«Primero: Imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario por los delitos que se relacionaron en el cuerpo de esta providencia, excepto por el caso rotulado por la Fiscalía como 7, donde resultaron víctimas Evis Alberto Paternina Barreto, Dewin Fernando Torres Gazabo, Alexander Baca Sánchez y Rubén Darío Sánchez Álvarez, a Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas (...), Luis Carlos Bobadilla Espitia y Carlos Alirio Ortiz Riales...»

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. La fiscal mostró su inconformidad exclusivamente, con la negativa a imponer medida de aseguramiento por el hecho No. 7.

Sustentó su disenso en que el artículo 5 de la Ley 975 de 2005, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-575 de 2006 -con efectos de cosa juzgada-, permite reconocer como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública al interior del proceso de justicia transicional, sin que, en aquella decisión, el alto Tribunal haya advertido contradicción de dicha norma con alguna del Derecho Internacional Humanitario, en particular, los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II, en lo relativo al principio de distinción y, de hecho, observó tal reconocimiento como una protección reforzada a las víctimas del conflicto.

Y para tal efecto, citó de ese proveído que:

«no se desprende una prohibición para el Estado Colombiano de conceder o atribuir el estatus de víctima a los miembros de la fuerza pública en las circunstancias a que alude la ley referida. Tampoco encuentra la Corte que con ello se vulnere el principio de distinción -entre la sociedad civil y los combatientes- a que se

aludió en la misma Sentencia C- 255 de 1995 pues en el presente caso de lo que se trata no es de asimilar a los civiles con dichos combatientes para someter a los civiles a una situación de aquellas que precisamente prohíben los textos internacionales citados, sino que se trata es simplemente del otorgamiento a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de la Ley sub examine [es decir de la Ley 975 de 2005, en su artículo 5] del carácter de víctimas. Se trata pues mas bien de una norma interna más garantista que las previstas en el ordenamiento internacional.»¹⁵

En consonancia con ello, afirmó que los miembros de la fuerza pública, en ese contexto, tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, postulado que estaría en consonancia con la Ley 1148 de 2011 que, también, les reconoce ese estatus.

Igualmente, manifestó que el Decreto Ley 100 de 1980, en su momento, en su artículo 127, excluía de pena a los rebeldes y sediciosos por los hechos cometidos en combate, sin embargo, ese precepto fue declarado inexecutable en sentencia CC C-457 de 1997, dado que no hay situaciones vedadas para la ley colombiana; menos, en situaciones de enfrentamiento con las Fuerzas Armadas y para dejar sin sanción a los rebeldes.

Por ello, consideró que, aunque las acciones acá reprobadas no se puedan imputar como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, sí corresponde catalogarlos como atentando contra la vida y la integridad personal.

¹⁵ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_21102020_02, a partir del minuto 02:10

También censuró los considerandos relacionados con la aplicación de la Ley 1820 de 2016, ya que, el E.R.P. no suscribió el Acuerdo de Paz con el Gobierno, sino que se desmovilizó de manera individual y a la luz de la Ley 418 de 1997, normativa que, aduce, de modo alguno permite un perdón para las ilicitudes cometidas en curso del conflicto, pues solo lo estableció para el delito imputado por la pertenencia al grupo armado.

Por consiguiente, lo dispuesto en el Acuerdo de Paz y sus leyes reglamentarias solo aplica a F.A.R.C. y no al E.R.P., luego, no se puede legitimar las acciones en contra de la fuerza pública en ese contexto legal. Además, en el eventual caso de hacerse, incluso, en este proceso de justicia transicional los militares han sido reconocidos como víctimas, en especial, en el caso 002 de la JEP.

También expresó que a partir del Decreto 3011 de 2012, deben identificarse los patrones de comportamiento y, en el caso del E.R.P., se estableció dentro del patrón de conductas atentatorias contra la vida, una motivación referente al control territorial, siendo una de sus prácticas recurrentes, atentar contra los funcionarios públicos, entre ellos, la Fuerza Pública a través de contactos armados –emboscadas- y atentados con explosivos, tal y como lo reconoció el postulado *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, lo que permite, imponer medida de aseguramiento por este tipo de conductas.

Conforme con lo anterior, solicitó se revoque la decisión y se imponga medida de aseguramiento por el referido suceso.

2. La apoderada de víctimas¹⁶ *-de la compañera permanente de Rubén Darío Sánchez Álvarez y el infante Evis Alberto Paternina Barreto-*, acompañó los argumentos del ente investigador.

Adicionalmente precisó, respecto del caso del civil fallecido, que la Magistratura dejó de lado aspectos importantes en su análisis, especialmente que, Rubén Darío Sánchez había dejado su rol de militar -por lesiones que le obligaron a abandonar las filas- y era en condición de civil que conducía el camión el día de los hechos fatales.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

1. El representante del Ministerio Público¹⁷ consideró que la decisión adoptada debe mantenerse al compartir su motivación.

Asimismo, indicó que la Fiscalía en su recurso, cambió la calificación de las conductas enrostradas, ya que, ahora, rectifica que los homicidios no se produjeron en contra de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Y de forma especial, aseveró que en las puntuales condiciones en que se dio el enfrentamiento, era imposible identificar al conductor del camión como un miembro de la población civil, para que, acorde con el principio de distinción

¹⁶ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_21102020_02, a partir del minuto 17: 40

¹⁷ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_21102020_02, a partir del minuto 24:18

se imputara delito de homicidio en persona protegida en los términos de la sentencia CC C-575 de 2006.

2. La defensora¹⁸ de los postulados, igualmente solicitó mantener el auto confutado. Indicó que, de acuerdo con la normatividad nacional e internacional, los miembros de las Fuerzas Militares no tienen la condición de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario y consecuentemente, equivoco resultaba que la delegada fiscal pidiera medida de aseguramiento por el delito de homicidio en persona protegida.

Agregó que, si bien había un conductor, este no se comportaba como un civil sino como militar y, en esa senda, no podía asumirse como parte de la población protegida de acuerdo con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Finalmente, recalcó la motivación de la magistratura, según la cual los hechos se dieron en combate y entre combatientes, con el empleo de armas permitidas en la “guerra”, en un sector rural y sin reporte de “masacres”, esto, para sostener que no se estructuró la conducta descrita en el artículo 135 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso de apelación propuesto contra la decisión

¹⁸ Registro de la audiencia 08001225200120200003000_21102020_02, a partir del minuto 29:59

proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, en concordancia con el numeral 3, artículo 32, de la Ley 906 de 2004.

2. En ese orden de ideas, la Corte se ocupa de verificar el acierto de la decisión adoptada en primera instancia, la cual, en lo fundamental, se circunscribe a la posibilidad de judicializar los actos cometidos por actores armados en el conflicto colombiano, a partir de un análisis sobre la tipificación de comportamientos lesivos en contra de objetivos militares, en el marco del Derecho Internacional Humanitario.

Para ello, la Sala realizara algunas precisiones sobre *(i)* la medida de aseguramiento en el régimen de Justicia y Paz y, *(ii)* la penalización de conductas ejecutadas por partícipes del conflicto armado colombiano, para *(iii)* dar respuesta al caso concreto.

3. De la medida de aseguramiento en el régimen de Justicia y Paz.

Como con acierto lo destacaron, tanto la delegada de la Fiscalía General de la Nación, como el Magistrado con función de Control de Garantías, la medida de aseguramiento dispuesta en la Ley 975 de 2005, tiene unas características diferentes a las establecidas en el proceso penal ordinario, tal y como lo explicó la Sala en providencia CSJ AP, 9 dic. 2010, Rad. 34606.

En esa oportunidad, precisó la Corte que:

(i) A diferencia del proceso ordinario, en el proceso transicional el postulado acude voluntariamente ante la administración de justicia para solicitar indulgencia por los delitos cometidos, de modo que, se someten al cumplimiento de unas exigencias a cambio de acceder a una pena alternativa. En ese trámite, la medida de aseguramiento, en tanto privación efectiva de la libertad, tiene la vocación de reputarse como cumplimiento de la sanción sustitutiva.

(ii) Mientras que en proceso ordinario la privación de la libertad es una de las medidas cautelares a imponer y, además, es excepcional y está sujeta al cumplimiento de especiales requisitos y finalidades, en el proceso de la Ley 975 de 2005, es la única opción prevista en dicho ordenamiento, y su esencia es asumirse como anticipación de la pena alternativa que inevitablemente se impondrá en dicho trámite en caso de acreditarse las condiciones para su otorgamiento.

(iii) El cumplimiento de la detención en establecimiento carcelario en los términos de la Ley 975, supone un proceso de resocialización propio a la fase de ejecución de pena (trabajo, estudio o enseñanza), aspectos que, en principio, no persigue la medida cautelar ordinaria al estar atada a las finalidades por las cuales fue impuesta.

(iv) La medida de aseguramiento del procedimiento ordinario, tiene un carácter cautelar y en todo caso temporal, pues subsiste mientras se define la situación jurídica del

implicado a través de sentencia o acto que ponga fin al proceso, y con unos límites máximos cuyo vencimiento supone el nacimiento de la expectativa liberatoria. En sentido diverso, en el procedimiento de la justicia transicional, la medida de aseguramiento responde al cumplimiento de la pena que inexorablemente tendrá que fijarse, conforme con la confesión y admisión de responsabilidad que por los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley y,

(v) en el proceso de Justicia y Paz la detención preventiva tiene una íntima relación con los derechos de las víctimas, de modo que, durante su vigencia, se refleja parte del derecho a la justicia que les asiste, al activarse el aparato punitivo estatal.

Sobre este aspecto, dijo la Sala en la referida decisión:

Dicho lo anterior es obvio que, en esta clase de procesos, la detención preventiva tiene una íntima relación con los derechos de las víctimas, ya que frente a la inminencia de que el tiempo previo a la condena que el desmovilizado permanece privado de la libertad, va a ser una parte de dicha pena, ya sea la alternativa o la ordinaria, las víctimas ven reflejadas en dicho período una parte del derecho que tienen a que el Estado investigue, capture y sancione a sus victimarios por las conductas punibles mediante las cuales fueron victimizadas¹⁹

Así que, cada delito por el que se realice imputación en el proceso de Justicia y Paz debe tener su correspondiente medida de aseguramiento, como parámetro orientador del cumplimiento de las obligaciones del desmovilizado en relación con cada víctima a la hora de la evaluación de si se concede la pena alternativa, según lo dispuesto por los artículos 3º y 29 de la citada ley (...)

¹⁹ Derecho recogido en el artículo 6º de la Ley 975 de 2005.

Planteado lo anterior conviene aclarar que el proceso judicial rituado por la Ley 975 de 2005, busca, dentro de un contexto de justicia transicional, la consolidación de la paz nacional a partir del logro del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado y la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, escenario en que, tanto los grupos armados ilegales como la organización social, hicieron concesiones en función de alcanzar tales objetivos.

Corresponde entonces al magistrado de justicia y paz preservar el frágil equilibrio entre aquello que fue objeto de consenso: de un lado el sometimiento al Estado de quienes integraron organizaciones criminales, y de otro, la flexibilización del principio de legalidad con el ofrecimiento de una pena indulgente a condición de la reivindicación de los derechos de las víctimas; propendiendo por la restauración del Estado de derecho y la necesidad de enfrentar la cultura de la impunidad; proyectando el triple sentido de la Ley 975, vale decir, como expresión de un acuerdo, como límite y como protección del más débil de la relación procesal: la víctima.

En consecuencia, cada víctima tiene derecho a saber que el desmovilizado está privado de la libertad, también por los delitos por los que ella ha sufrido; de manera que al imponerle la pena alternativa, la víctima tenga la seguridad de que dentro del tiempo que el justiciable ha permanecido privado de la libertad también lo ha sido como causa del delito o delitos que cometió contra ellas.»

En ese escenario, surge entonces, que la medida de aseguramiento en el proceso de Justicia y Paz, tiene por objeto permitir que, de manera anticipada, los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley que voluntariamente se acogieron al régimen de la Ley 975 de 2005, descuenten parte de la sanción privativa de la libertad a la cual serán condenados por todas aquellas conductas por las cuales se verifique su imputación, mientras se agota el proceso transicional.

Ahora, frente a la verificación de los supuestos para imponer medida de aseguramiento en este procedimiento especial, la Corte ha admitido que, el Magistrado con función de Control de Garantías puede, al momento de verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física que soporten la inferencia de que el imputado es autor o partícipe de una conducta punible, examinar la tipificación de los sucesos por los cuales se pretende la privación de la libertad.

Así lo explicó en proveído CSJ AP, 26 may. 2011, Rad. 36163:

«Es oportuno recordar que esta Corte ha señalado²⁰ que la formulación de imputación es un acto de parte, en la que el juez con funciones de control de garantías, debe asegurarse de que el acto de comunicación se realice de manera eficaz, pero no está llamado a improbar o aprobar la misma, ni ese resulta ser el escenario procesal en que se discuta la tipificación de los hechos.

(...)

Como se evidencia el magistrado de control de garantías no está facultado para discutir el nomen iuris que la fiscalía ha dado a los hechos por los cuales se realiza la formulación de imputación. Situación distinta se predica de la solicitud de medida de aseguramiento en donde el magistrado competente, en aplicación del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, debe verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física de donde se infiere que el imputado puede ser autor o partícipe de una conducta punible, y de manera adicional comprobar la correcta tipificación.

“De suerte que tal norma vincula al juez con funciones de control de garantías con la verificación de elementos de convicción que lo conduzcan a acreditar la tipicidad de la conducta formulada de manera fáctica en la imputación, y por supuesto, de la correcta tipificación; sin que la modificación del nomen iuris que

²⁰ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010. Radicado 33.039.

provisionalmente postula la Fiscalía en la formulación de imputación suponga conculcación del principio acusatorio, dado que la solicitud de medida de aseguramiento no es en estricto sentido un acto propio del debate probatorio oral que caracterice el proceso acusatorio, sino la discusión sobre la limitación de un derecho del justiciable (libertad personal) propia de cualquier sistema procesal”²¹:

La posibilidad que tiene el Magistrado con funciones de control de Garantías de variar la tipificación no puede tenerse como vulneración del principio de congruencia dado que este se predica únicamente de los hechos relevantes, los cuales deben ser concordantes en la imputación, el escrito de acusación, los alegatos de conclusión y el fallo, contrario a la denominación jurídica la cual puede variar al transcurrir el debate probatorio. Lo anterior se desprende de los artículos 448 y 443 de la Ley 906 de 2004, en donde se exige a la fiscalía una tipificación expresa tan sólo al momento de realizar los alegatos de clausura.

En conclusión, hace parte de las posibilidades del Magistrado con Función de control de garantías imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica.»

De modo que, el funcionario sí puede analizar la tipificación de las conductas imputadas a fin de establecer si procede la petición de medida de aseguramiento, en atención a que, si bien se espera que por los hechos previamente imputados se continúe el proceso en la justicia transicional y de se dicte sentencia, la privación de la libertad debe estar mediada por un análisis que, conforme con los elementos presentados, dé cuenta no sólo de que por esos hechos se emitirá condena, lo cual, requiere el análisis de que tales comportamientos se caracterizan como delitos y, además,

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010. Radicado 33.039.

fueron cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del ex integrante del cuerpo armado ilegal a dicha organización.

4. La penalización de conductas ejecutadas por partícipes del conflicto armado colombiano.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales, de allí que su objeto, está dado a la regulación del desarrollo de hostilidades y la protección de víctimas de los conflictos armados.

En su acepción principal, las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario –derecho convencional–, principalmente, están compendiadas en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Así, el Convenio I protege, durante la guerra, a los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; el II ampara durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; el III aplica a los prisioneros de guerra y, el IV guarda a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados, esto, adicional a los dos protocolos suscritos en el año de 1977, como instrumentos para reforzar la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los conflictos no internacionales (Protocolo II), fijando límites a la forma en que se libran tales contiendas²².

²² Es de advertir que también se cuenta con el Protocolo Adicional III, del 8 de diciembre de 2005, pero este es relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional a los ya establecidos en los convenios, para dar cuenta de la condición de neutralidad y de la protección que confiere el Derecho Internacional Humanitario a

Colombia es parte de los cuatro Convenios. De modo que, éstos fueron aprobados mediante la Ley 5 de 1960, y vigentes desde el 8 de mayo de 1962, al igual que de los dos protocolos en mención, en tanto, el primero fue aprobado a través de la Ley 11 de 1992 y el segundo, mediante Ley 171 de 1994.

Sin embargo, en dichos preceptos no se agota el catálogo de normas o previsiones que regula la materia, por cuanto, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también deben incluirse normas de origen consuetudinario –derecho consuetudinario-, según lo destacó en sentencia C-291-2007²³:

«Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales²⁴ y su prevalencia normativa en el orden interno a

los servicios sanitarios de las Fuerzas Armadas y a los voluntarios miembros de las sociedades de socorro de las víctimas de los conflictos armados.

²³ También se puede consultar CC C-225 de 1995

²⁴ En la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se indicó: “la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es

la par de los tratados internacionales²⁵, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad²⁶. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del corpus jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.²⁷

obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1.937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.”

²⁵ Dijo la Corte en la sentencia C-1189 de 2000: “(...) de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes "principales" de las obligaciones internacionales, por oposición a las fuentes "subsidiarias" o "auxiliares" -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.”

²⁶ En la misma sentencia C-1189 de 2000, se explicó que “las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.”

²⁷ Como se señaló en la sentencia C-574/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), “su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional (...). De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios”. De igual manera, en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que “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. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.” Tal como se señaló anteriormente, en esta última providencia se

En efecto, el alto nivel de codificación del Derecho Internacional Humanitario en un gran número de tratados internacionales²⁸, no obsta para afirmar que el derecho consuetudinario continúa siendo una parte fundamental de esta rama del derecho, que ha sido identificada y aplicada por distintos organismos y tribunales internacionales²⁹, y ha merecido cuidadosos trabajos de identificación y sistematización por parte de cuerpos internacionales especializados. Recientes estudios y esfuerzos de codificación doctrinal, particularmente el proyecto de investigación emprendido y culminado entre 1995 y 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja, han confirmado que el Derecho Internacional Humanitario cuenta con un amplio e importantísimo componente de naturaleza consuetudinaria³⁰, no sólo por tratarse

aclaró expresamente que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). // Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” Estos efectos se predicán, pues, tanto de las normas convencionales como de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

²⁸ El proceso de codificación del derecho internacional humanitario en general ha sido largo y complejo, y data desde el siglo XIX tardío, cuando se inició el movimiento hacia la sistematización de las leyes y costumbres de la guerra. En consecuencia, el Derecho Internacional Humanitario es uno de los ámbitos del derecho internacional más codificados en la actualidad. Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003.

²⁹ Así, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe presentado de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (en la cual se le solicitó presentar un reporte integral sobre los distintos aspectos atinentes al establecimiento del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia), explicó que el Derecho Internacional Humanitario “*existe tanto en forma de derecho convencional como en forma de derecho consuetudinario. Mientras que existe derecho internacional consuetudinario que no está plasmado en tratados, una parte importante del derecho convencional humanitario ha ingresado al derecho internacional consuetudinario*”. [Traducción informal: “*This body of law exists in the form of both conventional law and customary law. While there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of customary international law.*” Documento de Naciones Unidas S/25704, presentado el 3 de mayo de 1993.] Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado, en su Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, que “*el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar*”.

³⁰ Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja – HENCKAERTS, Jean Marie and DOSWALD-BECK, Louise: “*Customary International Humanitarian Law*”. Cambridge University Press, 2005. El estudio fue realizado en forma minuciosa por el CICR, a invitación de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), para efectos de reforzar la eficacia de la aplicación del

del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto mucho más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente.³¹

En este orden de ideas, uno de los principales factores que explican la trascendencia de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados internos contemporáneos –tales como el colombiano–, es que éstas regulan con mucho mayor detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de sus víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos.»

Postura que igualmente ha reconocido esta Corporación, en punto de la aplicabilidad de dicho cuerpo normativo –en sus dos alcances– y particularmente, en el desarrollo del conflicto armado que se ha desarrollado en Colombia³²:

«De allí que, en todo tiempo y lugar, en desarrollo de un conflicto armado, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como los miembros de las Fuerzas Armadas están obligados a respetar las reglas del derecho internacional humanitario, porque consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones del conflicto.

Derecho Internacional Humanitario a través del mejoramiento de su conocimiento y difusión. Para identificar las normas consuetudinarias de este ordenamiento, se siguió la metodología establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, es decir, determinando la existencia de los elementos de práctica y *opinio iuris* indispensables, con los requisitos específicos allí enunciados.

³¹ Ver a este respecto la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

³² Sobre la existencia del conflicto armado interno en Colombia, cfr. CSJ SP15512-2014, SP4090-2016, Rad. 39842
SP, 23 Mar. 2011, Rad. 35099

De otro lado, no puede obviarse que el artículo 93 de la Carta Política establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Sobre el punto, la doctrina constitucional ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción"³³. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados durante los estados de excepción.

En ese sentido, es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.» (CSJ SP 21 Sep. 2009, Rad. 32022)

Ahora, dicho contenido debe ser cuidadosamente verificado en la resolución de una determinada situación, pues no debe olvidarse que, aunque nuestro país ha enfrentado situaciones de confrontación bélica que, incluso, ha dado lugar a procesos de paz, los más recientes, los regulados con la Ley de Justicia y Paz y el Marco Constitucional y Legal del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, la regulación y sanción de las conductas punibles que en curso de los mismos se cometieron, no sólo deben atender los parámetros normativos internacionales, sino los internos y, en especial,

³³ Corte Constitucional, sentencia C-295/93

las previsiones legales específicas que, por ejemplo, aplican en marco de beneficios consolidados a quienes dejaron las armas e hicieron parte de los procesos de reincorporación.

En ese sentido, el Derecho Internacional Humanitario que regula los conflictos no internacionales -como es el caso colombiano-, aplica para las partes involucradas en las hostilidades, sin necesidad de que se reconozca la «*beligerancia*» de los grupos insurgentes, pues como lo ha examinado esta Sala, uno de los avances del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, fue no exigir el reconocimiento del grupo armado como sujeto de derecho internacional público como condición para aplicar la protección de personas, bienes y servicios en ejecución de acciones armadas entre contrarios.

Por ello, necesario se ofrece recordar la posición de la Sala sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario al conflicto armado colombiano y el reconocimiento del estado de beligerancia:

«Para comenzar, debe precisarse que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables, razón por la cual el Estado Colombiano se ha dado a la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no sólo para procurar una mayor protección de la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la Constitución para el logro de la paz. Por eso, al analizar la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se adoptó como legislación interna el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, con acierto sostuvo la Corte Constitucional

que si bien no puede entenderse por paz la ausencia de conflictos armados, sí al menos: "...la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Ya esta Corporación había señalado que no debe ser la pretensión del Estado social de derecho negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es "proporcionales cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto -inmanente a la vida en sociedad- sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática". Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica".

Asimismo, al referirse al ámbito de aplicación de esa clase de disposiciones al ordenamiento jurídico interno, en la misma decisión, se dejó en claro lo siguiente:

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

En efecto, antes de los Convenios de Ginebra de 1949, un sector de la doctrina consideraba que el derecho de los conflictos armados sólo operaba una vez que el Estado en cuestión, o terceros Estados, hubiesen reconocido la beligerancia de los alzados en armas. Esto significa que para que un grupo rebelde pudiera ser considerado sujeto de derecho internacional humanitario era necesario que se le reconociera previamente como verdadero sujeto de derecho internacional público, puesto que, en términos muy elementales, la declaratoria de beligerancia confiere a los rebeldes o grupos armados irregulares un derecho a hacer la guerra en igualdad de condiciones y con iguales garantías internacionales que el Estado. Con tal declaratoria, los beligerantes dejan entonces de estar sujetos al orden jurídico nacional, y el conflicto interno se transforma en una guerra civil que se rige por las normas propias de las guerras interestatales,

ya que los alzados en armas son reconocidos, ya sea por el propio Estado, ya sea por terceros Estados, como una "comunidad beligerante" con derecho a hacer la guerra. En esa situación, aquellos beligerantes que sean capturados por el Estado gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, y por ende no pueden ser penados por el solo hecho de haber empuñado las armas y haber participado en las hostilidades, puesto que la declaratoria de beligerancia les ha conferido el derecho a ser combatientes.

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

Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto. Pero esos rebeldes no devienen, por la sola aplicación del derecho humanitario, sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público. Como dice el jurista chileno Hernán Montealegre, "el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza. " El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión o la sedición.

15- Este principio es complementado por el artículo 3° del tratado bajo revisión, el cual protege ampliamente la soberanía de los

Estados. En efecto este artículo 3º del Protocolo II señala que no pueden invocarse las disposiciones del tratado como justificación de intervenciones extranjeras o "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos".

4. Lo anterior permite afirmar, que dando por descontado que el uso de las armas por grupos rebeldes que pretenden derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, no implica en modo alguno, de un lado, la subsunción de los demás delitos que con ocasión y en relación con tal ilicitud se cometan, ni tampoco establece per se una conexidad en relación con todos ellos susceptible en un momento dado del tratamiento jurídico que la normatividad interna de los países contratantes les dispense.

Precisamente por tales motivos la Corte Constitucional declaró la inconformidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, frente a la Constitución, por considerar que tal disposición implicaba una amnistía generalizada para la que no estaba autorizado el legislador, que no contribuía al logro de los fines del Estado, y en cambio sí terminaba por estimular los conflictos y autorizar la pena de muerte, cuando la protección de la vida del ser humano en toda su dimensión constituye el fundamento y razón de ser de un Estado de derecho.» (CSJ SP 15 Feb. 2006, Rad. 21330)

En esa decisión, esto es, la sentencia CC C-456-1997, por cuyo medio se declaró la inexecutable del artículo 127 del Decreto 100 de 1980³⁴ que, en vigencia de ese régimen, permitía excluir de pena las conductas delictivas cometidas en combate por “rebeldes” o “sediciosos” -que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo-, la Corte Constitucional rechazó la tesis de mantener solamente la sanción por los delitos políticos y conceder una amnistía generalizada y

³⁴ Decreto 100 de 1980. Artículo 127. Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

anticipada por cualquier conducta ejecutada en tales condiciones, incluso, advirtiendo que las principales víctimas eran miembros de la Fuerza Pública, en el entendido que, ello no solo desvirtuaba el poder punitivo estatal sino dejaba en un estado de desprotección a los integrantes de esa institución que negaba de facto derechos de rango fundamental.

Así lo explicó:

«Hay que advertir, además, que no es acertado referirse al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), para sostener, tácitamente, que en su artículo 13, ordinal 3º, consagra la impunidad de los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos. La verdad es completamente diferente, como se verá.

Ninguna de las normas del citado protocolo, ni de ningún tratado internacional, obliga a los Estados a no castigar los delitos. Por el contrario, ese castigo está expresamente previsto. Así, el artículo 6º, titulado “Diligencias penales”, se refiere “al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Y no podría ser de otra manera, porque ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, desconociendo, como en el caso colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que ésta consagra?

De otra parte, basta leer el ordinal 3º del artículo 13 del Protocolo Adicional, para ver como éste para nada se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

(...)

La exclusión de la pena que concede el Legislador ordinario, referida a los hechos punibles cometidos en combate, tiene el efecto de crear una zona franca a la acción delictiva, por fuera de

todo control del Estado. Allí es patente la renuncia que el Estado hace a su ius puniendi y, por consiguiente, se hace visible el olvido del deber de protección que le incumbe respecto de los derechos fundamentales. Particularmente, la vida de los militares, y aun de personas ajenas al conflicto, si el homicidio en combate deja de sancionarse, quedaría desprovista de todo amparo, sin que su sacrificio se refleje siquiera en un día más de prisión por el delito de rebelión que, según la tesis que la Corte impugna, se extendería a las figuras conexas.

La reserva de ley en materia penal, comporta un grado apreciable de discrecionalidad legislativa. Pero, ella no excusa la abstención estatal mayúscula que deja expósita la defensa de derechos fundamentales, cuya intangibilidad resulta menoscabada con la mera eliminación de la necesaria reacción penal.»

A partir de lo anterior, se tiene que el Estado colombiano de ninguna manera abandona el poder punitivo en casos de conflictos armados internos, respecto de aquellas personas que, decididamente, empuñen las armas y participen de hostilidades en contra de aquel, bajo la conceptualización de que se tratan de «*combatientes*» que, al estar en curso de una afrenta bélica, estarían legitimados para infringir el estatuto penal.

De hecho, la Corte Constitucional en sentencia CC C-291-2007 –citada por la judicatura de primera instancia-, abordó el contenido y la naturaleza imperativa de tres principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, a saber: distinción, precaución, y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales, acotó frente al primero de aquellos el entendimiento que debe darse al concepto de «*combatiente*», así:

«3.3. Definición de los términos “combatientes”, “civiles” y “personas fuera de combate” para efectos de la aplicación del principio de distinción en conflictos armados no internacionales.

La cabal aplicación del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales exige claridad conceptual respecto de los conceptos de “combatientes”, “personas civiles”, “población civil” y “personas fuera de combate”. A pesar de que estas nociones adquieren un contenido específico en los conflictos armados no internacionales, el Protocolo Adicional II no contiene una definición de los mismos; por lo tanto, las cortes internacionales han hecho usualmente recurso a definiciones de tipo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Actualmente estas definiciones se encuentran, en lo esencial, consolidadas a nivel consuetudinario.

3.3.1. “Combatientes”

*El término “combatientes” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido **genérico**, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido **específico**, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra”.*

Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos.»

Postura que se acompasa con lo compilado por el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR, en su base de datos sobre Derecho Internacional Humanitario consuetudinario al analizar el término en mención:

«Norma 3. Definición de combatientes

Norma 3. Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso.

(...)

La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario en los conflictos armados internacionales. A los efectos del principio de distinción (véase la norma 1), los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Sin embargo, el estatuto de combatiente sólo existe en los conflictos armados internacionales (véase la nota introductoria al capítulo 33).

(...)

Conflictos armados no internacionales

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II hablan de “fuerzas armadas”, y este último también de “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”. Estos conceptos no se definen con más precisión en la práctica relacionada con los conflictos armados no internacionales. Mientras que los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes a los efectos del principio de distinción (véase la norma 1), la práctica no está clara con respecto a la situación de los miembros de grupos armados de oposición. La práctica señala, no obstante, que cuando participan directamente en las hostilidades, estas personas pierden la protección contra los ataques otorgada a los civiles (véase la norma 6).

Las personas que toman directamente parte en las hostilidades en los conflictos no internacionales son denominadas a veces

*“combatientes”. Por ejemplo, en una resolución sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos bélicos, aprobada en 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas habla de “combatientes en todo conflicto armado”.³⁵ Más recientemente, el término “combatiente” se ha usado en la Declaración y el Plan de Acción de El Cairo para ambos tipos de conflicto.³⁶ **Ahora bien, esta denominación sólo se emplea en su acepción general e indica que esas personas no gozan de la protección contra los ataques concedida a los civiles, pero esto no implica un derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra, como es aplicable en los conflictos armados internacionales (véase el capítulo 33). La legalidad de la participación directa en las hostilidades en los conflictos armados no internacionales la determinan las legislaciones nacionales.** Aunque tales personas también podrían denominarse “fighters” (luchadores), ese término inglés se traduciría por “combatientes” en diversas lenguas, por lo que tampoco es enteramente satisfactorio.»³⁷ (Negrillas fuera del texto)*

De lo anterior se sigue que, tratándose de conflictos armados no internacionales -CAN-I, el término “combatiente” tiene un alcance genérico y no específico, y con ello, la imposibilidad de aplicar el Estatuto de combatiente o de prisionero de guerra –artículos 43 a 47 del Protocolo Adicional I- y la Convención III de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, que se limita a conflictos armados internacionales -CAI-, cuyo alcance permite considerar que las partes en contienda bélica son objetivos militares legítimos entre sí.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 2676 (XXV), 9 de diciembre de 1970, preámbulo y párr. 5.

³⁶ Declaración de El Cairo, secciones 68 y 69, y Plan de acción de El Cairo, sección 82, aprobados ambos en la Cumbre África-Europa celebrada del 3 al 4 de abril de 2000, bajo los auspicios de la OUA y la UE.

³⁷ CICR, Base de datos sobre el DIH consuetudinario, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule3.

Consecuente con lo anterior, el «*privilegio del combatiente*», esto es la «*inmunidad de persecución penal por actos militares legítimos (p.ej. ataques, lesiones, incendio, etc., en contra de personas o bienes autorizados por el DIH).*»³⁸ estaría dado en un contexto de conflicto armado internacional- CAI, a diferencia del conflicto interno o de carácter no internacional -CANI, el que los actos cometidos por grupos insurgentes serían sancionados por el derecho interno.

En tal sentido, la Comisión de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, en su acápite C, acerca de derechos humanos³⁹, expresó:

«67. Si bien ciertas normas son comunes a todos los conflictos armados, independientemente de su naturaleza, otros se limitan al ámbito de los conflictos armados internacionales, conforme a su definición en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. Entre las más significativas de estas normas está el concepto de “combatiente privilegiado” y el concepto afín del “status de prisionero de guerra” que se analiza más adelante. En general, se define al “combatiente” como una persona que participa directamente en las hostilidades, que interviene en un ataque con el propósito de causar daño físico a las tropas u objetos enemigos. Un combatiente “legítimo” o “privilegiado” es la persona autorizada por una parte en un conflicto armado internacional que participa en las hostilidades y, como tal, tiene derecho a la protección comprendida en el concepto de “combatiente privilegiado”, así como al status y protecciones del prisionero de guerra previstos en la Tercera Convención de Ginebra, cuando hayan caído en poder del enemigo.⁴⁰ El artículo 4A de la Tercera Convención de Ginebra, que refleja los requisitos de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y es

³⁸ Cozzi Elzo, Ruggero. *Fundamentos del Principio de Distinción en el Derecho Internacional Humanitario*. En Revista Tribuna Internacional, Vol. 9 Núm. 17. Chile. 2020. Disponible en:

<https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/54823/61918>

³⁹ <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/b.htm>

⁴⁰ Véase Waldmar Solf, *The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice*, 33 Am. U. L. Rev. 53, 59 (1983) [en adelante, Solf, *The Status of Combatants*].

considerado en general como derecho internacional consuetudinario, prescribe estas categorías de combatientes privilegiados:

1. *Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, así como los miembros de milicias o cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas.*

2. *Los miembros de otras milicias y de otros cuerpos voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que pertenezcan a una parte en conflicto y operen en su propio territorio o fuera de éste, aunque su territorio se encuentre ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos de voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados:*

- a) se encuentren bajo el mando de una persona responsable por sus subordinados;*
- b) porten un distintivo visible a distancia;*
- c) porten armas abiertamente;*
- d) conduzcan sus operaciones de acuerdo con las leyes y prácticas de la guerra.*

3. *Los miembros de fuerzas armadas regulares, que profesen lealtad a un gobierno o a una autoridad no reconocida por la potencia detenedora.*

4. *Las personas que acompañen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas, por ejemplo civiles integrantes de tripulaciones de aeronaves, corresponsales de guerra, contratistas de suministros, miembros de unidades de trabajo o de servicios responsables del bienestar de las fuerzas armadas, siempre que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas que acompañen, las que deberán proveerles una credencial similar al modelo que se adjunta.*

5. *Los miembros de la marina mercante, incluyendo patrones, pilotos y aprendices y los tripulantes de aeronaves civiles de las partes en conflicto que no sean acreedores a un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional.*

6. *Los habitantes de un territorio no ocupado que, al aproximarse el enemigo, hayan empuñado espontáneamente las armas para oponerse a las fuerzas invasoras, sin haber tenido tiempo para incorporarse a unidades de las fuerzas armadas regulares, siempre que porten sus armas abiertamente y respeten las leyes y prácticas de la guerra.⁴¹*

⁴¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, supra, artículo 4A. Para una lista de los Estados miembros de la OEA que son partes del Protocolo Adicional I véase el Anexo II. Debe observarse que los artículos 43 y 44 de ese instrumento apuntan a aliviar los requisitos de las normas de La Haya y de Ginebra, eliminando la distinción que se

68. *A su vez, este privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo. Un combatiente legítimo también puede causar bajas civiles incidentales. Al combatiente legítimo que posee esta protección es preciso darle la condición de prisionero de guerra, como se describe más adelante, tras su captura, e inmunidad contra procesamiento penal en virtud de la legislación interna del captor por los actos hostiles que no violen las leyes y costumbres de la guerra. Esta inmunidad, sin embargo, no se extiende a actos que transgredan las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados.*⁴²

encuentra en los reglamentos de La Haya y en el Tercer Convenio de Ginebra, entre fuerzas armadas regulares y cuerpos voluntarios irregulares, milicias y otros movimientos de resistencia organizados y brindando, por consiguiente, a los guerrilleros, la posibilidad de obtener la condición de combatientes protegidos. Más precisamente, en virtud del artículo 43 del Protocolo Adicional I, se concede la condición de combatientes protegidos y de prisioneros de guerra “a todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.” Protocolo Adicional I nota 68, supra, artículo 43(1). El artículo 44(3) del Protocolo Adicional I obliga, además, a los combatientes definidos en el artículo 43 a “distinguirse de la población civil mientras lleven a cabo un ataque o una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, reconociendo que en los conflictos armados se suscitan situaciones en las que debido a la naturaleza de las hostilidades un combatiente armado no pueden distinguirse de tal manera, conservará su condición de combatiente siempre que, en esos casos, porte abiertamente sus armas: a) durante cada combate militar, y b) durante el tiempo que sea visible para el adversario mientras participa de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que vaya a tener participación. Los actos que se ciñan a estos requisitos no se considerarán péfidos con el significado previsto en el artículo 37, párrafo 1(c)”. Protocolo Adicional I nota 68, supra, artículo 44(3). Estas disposiciones han sido motivo de controversias entre Estados y nunca fueron aplicadas en un conflicto armado, razón por la cual es posible que no formen parte del derecho internacional consuetudinario. Revisten importancia, empero, para los Estados miembros de la OEA que han ratificado el Protocolo Adicional I. Debe señalarse, asimismo, que aunque se apliquen las normas del Protocolo Adicional I, es posible que se considere que un combatiente ha perdido su condición de combatiente y, por ende, el derecho a ser tratado como prisionero de guerra, por incumplimiento de la norma del artículo 44(3) del Protocolo, vale decir por no haber portado abiertamente sus armas durante cada combate militar y durante el tiempo que haya sido visible para su adversario mientras participaba de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque. Véase George Aldrich, *Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status*, 31 Am. U. L. Rev. 871, 877-878 (1982). [En adelante Aldrich (1982)].

⁴² Véase, por ej., Estados Unidos c. List (el Caso de los Rehenes), [Juicio a los criminales de guerra ante el Tribunal de Nuremberg] 1228, 1238 (1950) (donde se afirma que es incuestionable que los actos cometidos en tiempos de guerra bajo la autoridad militar de un enemigo no pueden entrañar responsabilidad penal de parte de los oficiales o soldados si los actos no están prohibidos por las normas convencionales o consuetudinarias de la guerra); US Department of War, *Intructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, General Order N° 100 (1863) [en adelante, “las Instrucciones Lieber”], artículos 56, 57; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, supra, artículo 87 (donde se establece que los “prisioneros de

(...)

70. **Dado que el status de combatiente legítimo y de prisionero de guerra derivan directamente del privilegio del combatiente, en el derecho internacional consuetudinario y convencional el reconocimiento de este privilegio se limita a las situaciones de conflicto armado internacional, conforme a la definición de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. En contraste con ello, el gobierno inmerso en una guerra civil o en otro tipo de hostilidades internas no está obligado a reconocer a sus oponentes armados el status de prisionero de guerra, dado que esos disidentes no tienen la protección del combatiente. Por lo tanto, esos gobiernos están en libertad de enjuiciar a todos los disidentes capturados por sedición y sus otros actos violentos.⁴³ Al mismo tiempo, no existe norma alguna en el derecho internacional que prohíba a un gobierno, durante un conflicto armado no internacional, asignar a miembros de grupos armados disidentes el status de prisionero de guerra o un status equivalente.»** (Negrillas fuera del texto)

Y en similares términos, lo explica, la doctrina:

«A los fines del principio de distinción, la consecuencia más importante relacionada con el estatuto de combatiente es la pérdida del estatuto de persona civil y de la protección contra los ataques directos. Por otra parte, el estatuto de combatiente conlleva el “privilegio de combatiente”, es decir, el “derecho a participar directamente en las hostilidades” en nombre de una parte en un conflicto armado internacional⁴⁴. El privilegio de combatiente en sí no tiene consecuencia inmediata alguna en lo que se refiere al principio de distinción, pero cobra importancia para el estatuto y los derechos conferidos a una persona tras ser capturada por el enemigo. El estatuto y el privilegio de combatiente se dan exclusivamente en situaciones de conflicto armado internacional y no están contemplados en el DIH que rige los conflictos armados no internacionales.»⁴⁵

guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia”).

⁴³ Solf, *The Status of Combatants* nota 206 supra, 53.

⁴⁴ PA I, art. 43(2).

⁴⁵ MELZER, Nils. *Derecho Internacional Humanitario: Una introducción integral*. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019. Disponible en

En similares términos, el profesor Robert K. Goldman, en su obra Derecho Internacional Humanitario y Actores no Gubernamentales⁴⁶, señaló:

«El gobierno, por lo tanto, no está obligado a conceder a sus oponentes armados el status de prisioneros de guerra, por cuanto los disidentes armados no tienen "el privilegio del combatiente", el cual, y en conformidad con los Convenios y el derecho consuetudinario, solamente es aplicable a los conflictos internacionales: así, la condición del prisionero de guerra se deriva directamente del privilegio del combatiente. Básicamente este privilegio es una licencia para matar, herir y/o secuestrar combatientes enemigos; destruir objetivos militares; y causar incidentalmente muertos y heridos entre la población civil. Este privilegio inmuniza a miembros de fuerzas armadas de enjuiciamiento criminal por parte de sus aprehensores, por sus actos violentos que no violen las leyes y costumbres de guerra, pero que de otro modo serían crímenes bajo la ley doméstica. Por el contrario, en conflictos internos, el Artículo 3 de ninguna manera impide que el gobierno pueda castigar a disidentes armados por la comisión de crímenes, de acuerdo con las leyes internas. Por lo tanto, el gobierno puede enjuiciar a los insurgentes que asesinan a los soldados del gobierno por muerte, traición, sedición y otros actos violentos. Tales juicios deben ser conducidos de acuerdo con los requisitos previstos en el Artículo 3. Así, actores no gubernamentales que luchan en territorio nacional contra las fuerzas del gobierno establecido quedan sujetos a dos órdenes jurídicas: una de derecho penal interno y la otra de derecho internacional humanitario.»

E igualmente, se tiene:

«En ausencia del reconocimiento de la beligerancia no existe ninguna norma de derecho internacional que obligue a los Estados

<https://www.icrc.org/es/publication/derecho-internacional-humanitario-una-introduccion-integral>

⁴⁶ Goldman, Robert K. "Derecho Internacional Humanitario y Actores no Gubernamentales". En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. Primera Edición, San José, 1994, pág. 93 y 94. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/publicaciones/series/>. En similares términos, Goldman, Robert. "Irregular Combatant and Prisoner of War Status." *Lieber Amicorum Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Washington, 1998. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11816.pdf>

afectados por conflictos armados no internacionales a conceder a los combatientes de un movimiento disidente el privilegio de los combatientes o el estatuto de prisionero de guerra. En consecuencia, los combatientes que caen en poder de una parte adversa siguen estando sujetos a su ley de traición. Sus actos de violencia como combatientes pueden considerarse delitos comunes según el derecho interno.»⁴⁷

Conforme con lo anterior, aun cuando es cierto que conflictos no internacionales como el colombiano tiene plena aplicación el Derecho Internacional Humanitario, ello no permite aseverar que con ocasión de él las organizaciones armadas que enfrenten las fuerzas del Estado obtengan la condición de combatientes en el sentido estricto y propio de enfrentamientos internacionales y con ello, se asuma la no intervención del aparato punitivo cuando ejecuten acciones criminales respecto de lo que podría considerarse «*un objetivo militar legítimo*»; por el contrario, mientras no se les reconozca como actores beligerantes o sujetos de derecho internacional público como en los CAI, su comportamientos quedan sometidos a la legislación nacional en aquellos eventos donde trasgredan la ley interna.

⁴⁷ Traducción no oficial. El texto original es el siguiente: «*Absent recognition of belligerence, there is no rule of international law that would require states affected by non-international armed conflicts to accord combatants of a dissident movement the combatants' privilege or prisoner of war status. Accordingly, combatants who fall into the power of an adverse party remain amenable to its treason law. Their acts of combatant violence may be regarded as common crimes under municipal law.*» Waldemar A. Solf, "Conference: The American red cross -- Washington College of Law Conference: international humanitarian and human rights law in non-international armed conflicts, april 12-13, 1983: the status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice." En: *American University Law Review*, 33, 53 (FALL, 1983). <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2557/api/document?collection=analytical-materials&id=urn:contentItem:3S3V-3J20-00CW-G29R-00000-00&context=1516831>.

Contrario a lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas Militares que repelen grupos armados al margen de la ley, pues en estos eventos y bajo el más estricto acatamiento al sistema jurídico nacional, sus actuaciones, en principio, no son punibles.

Así lo expresó la Corte Constitucional, en providencia CC C-177-2001:

«Ciertamente, carece de todo fundamento la tesis según la cual la penalización del genocidio político impediría a la Fuerza Pública cumplir su función constitucional de combatir a los grupos políticos alzados en armas, habida cuenta que en las operaciones militares causa “la muerte o heridas a miembros de dichos grupos delictivos” pues, salta a la vista, que se basa en un supuesto equivocado comoquiera que confunde el exterminio de grupos políticos con el combate a organizaciones armadas ilegales.

De ahí que contrarie los dictados más elementales de la lógica, creer que por introducirse en el tipo penal un condicionamiento de esta naturaleza, se afianzaría la legalidad de la acción de las Fuerzas Militares en contra de los grupos alzados en armas, cuya validez, frente al ordenamiento jurídico resulta incuestionable, no sólo por cuanto constituye una manifestación inequívoca de la soberanía estatal, sino porque el derecho internacional la reconoce como legítima y la diferencia de las prácticas atroces de exterminio sistemático, que son las que considera genocidio político.

Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un “homicidio”, y no es tipificada como una conducta punible.»

En ese contexto, se concluye que, las acciones criminales ejecutadas por los grupos insurgentes sí están sometidas a las normas de orden público y no hay lugar a

estimar que, en razón del conflicto armado desarrollado en el país, le es permitido atacar a la Fuerza Pública bajo el entendido que tales acciones no son punibles, pues tal comprensión conlleva el “*privilegio de combatiente*” que, se repite, no aplica para los CANI.

Situación diversa es que, en el marco de procesos desmovilización y búsqueda de alternativas para la paz con ocasión de confrontaciones con grupos armados al margen de la ley, se hayan establecidos regímenes legales especiales o, mejor, de justicia transicional, en los que han implementado una serie de prerrogativas para aquellos que voluntariamente decidan dejar las armas y reincorporarse a la vida civil.

Como ocurre, por ejemplo, en el régimen de la Ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz -régimen al cual se encuentran vinculados los acá postulados como miembros del grupo E.R.P.-, que contempló, en materia judicial, una serie de beneficios a cambio de la dejación de las armas, su contribución al esclarecimiento de la verdad y la garantía efectiva de los derechos de las víctimas, particularmente, la pena alternativa, como sanción sustitutiva de la ordinaria⁴⁸; sin contemplar, los institutos de la amnistía o el indulto⁴⁹, tal y

⁴⁸ La pena alternativa consiste en la suspensión la ejecución de la pena de prisión determinada en la respectiva sentencia, para ser reemplazada por una de igual naturaleza que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 8, a condición de satisfacer algunas condiciones: (i) que sean autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, (ii) hubieren decidido desmovilizarse; (iii) aporten definitivamente a la reconciliación nacional; (iv) se dé su adecuada resocialización; (v) colaboren con la justicia y (vi) contribuyan a la reparación a las víctimas.

⁴⁹ Sobre la conceptualización de estas figuras la Corte Constitucional dijo: «*La amnistía extingue la acción penal, mientras que el indulto es una institución que redime*

como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006, al analizar los reparos a la Ley 975 de 2005, según los cuales, en ésta se permitía este tipo de institutos:

3.3.3. Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede -con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca,

la pena correspondiente al delito. Mediante aquella el Estado olvida el delito; cuando concede el indulto no lo ignora, sino que exime de la pena que es su consecuencia jurídica. Como la amnistía se refiere al ejercicio mismo de la acción penal su aplicación corresponde a los jueces. Al ejecutivo le corresponde conceder el indulto, pues si ya se ha dictado sentencia e impuesto la condena respectiva, la Rama Judicial ya ha agotado su competencia funcional, y agotada la jurisdicción es al ejecutivo a quien le compete hacer efectivas las sentencias condenatorias. Por ello, el artículo 201 de la Constitución le confiere al Gobierno, en relación con la Rama Judicial, la facultad de conceder indultos por delitos políticos con arreglo a la ley, y con el deber de informar al Congreso sobre el ejercicio de esa facultad.

La amnistía por su propia naturaleza impide proseguir el proceso que ya hubiere sido iniciado y que no hubiere culminado con sentencia. El indulto no exime del proceso penal, y en caso de existir sentencia condenatoria ésta no podrá ejecutarse. Con todo, si al momento de concederse la ley de amnistía ésta resulta aplicable a personas contra quienes ya hubiere sentencia condenatoria, se excepciona la cosa juzgada y desde entonces cesa la ejecución de la pena para lo cual habrá de comunicarse al juez que dictó la sentencia en primera instancia, institución que la doctrina conoce como amnistía impropia.» CC C-270-06

beneficio que será objeto de análisis detenido posteriormente en esta misma providencia.

No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto, y por tanto mal podía exigirse al Legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas.

Tampoco establece la ley acusada una amnistía o indulto velado, habida cuenta de que el concepto de alternatividad penal (art. 3), así como las características de este instituto, parten de la base de que el juez impondrá, en la sentencia, la condena ordinaria que correspondería a los delitos demostrados.»

Cosa distinta ocurre en el Marco Constitucional y Legal del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, donde los destinatarios de dicho régimen tienen establecido una serie de beneficios distintos a la pena alternativa, por ejemplo, la amnistía para miembros de grupos armados ilegales que suscribieron el Acuerdo Final para la Paz, ello, bajo especificidades del proceso de negociación al que se llegó entre los actores que hicieron parte del mismo, Sobre tal concesión, la Corte Constitucional explicó:

«Los tratamientos penales especiales que puede otorgar la JEP encuentran fundamento en el inciso octavo del artículo transitorio 5 y en el párrafo del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017. Dichas disposiciones señalan que el otorgamiento de tratamientos penales especiales está condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, los tratamientos penales especiales se otorgan teniendo en cuenta la gravedad del delito, razón por la que los tratamientos más restrictivos de libertades y derechos se aplican respecto de hechos que revisten mayor gravedad y, por consiguiente, la obligación de atribuir responsabilidades no admite excepciones.

Los hechos del conflicto armado se distinguen en dos categorías, conforme a lo expuesto anteriormente: (i) los hechos sobre los cuales la obligación de atribuir responsabilidades no admite excepciones, en aras de la paz, y (ii) los hechos no amnistiables.

(i) Respecto de los hechos en los que la obligación de investigar, juzgar y sancionar se convierte en facultativa en aras de conseguir la paz, cabe la amnistía, el indulto y la renuncia a la persecución penal. En el caso de delitos de responsabilidad de las guerrillas que constituyan delitos políticos, procede la amnistía y el indulto, con fundamento en el artículo 150-17 de la Constitución Política. Adicionalmente, dentro de los delitos políticos el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en cumplimiento del Acuerdo Final, ha establecido dos niveles de gravedad. De un lado, los delitos políticos que dan lugar a la amnistía de iure, esto es, los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada y los conexos definidos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016. La amnistía de iure opera por ministerio de la ley y puede ser aplicada directamente por los jueces que adelantan la investigación, o por el Presidente de la República mediante acto administrativo. De otro lado, los delitos políticos que dan lugar a la amnistía de Sala, que solo puede conceder la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, en relación con delitos cuyo objetivo fue el de “facilitar, apoyar, financiar u ocultar” el desarrollo de la rebelión (art. 23 de la Ley 1820 de 2016). Entonces, se trata de delitos que eventualmente revisten mayor gravedad que aquellos que son objeto de la amnistía de iure y la determinación de su conexidad debe ser estrictamente verificada por la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP.»⁵⁰

Y se hace hincapié en este instituto porque, el Magistrado con función de Control de Garantías de Barranquilla aludió a una decisión adoptada por la Sala de amnistía o indulto de la JEP⁵¹ para soportar su conclusión

⁵⁰ CC C-080-2018

⁵¹ Caso adelantado contra Marilú Ramírez Baquero, por los hechos ocurridos el 19 de octubre de 2016, en las instalaciones de la Escuela Superior de Guerra en Bogotá, donde se produjo una explosión con carro – bomba que causó daños materiales en las instalaciones y lesiones a varias personas que se encontraban tanto en la Escuela como en la Universidad Militar Nueva Granada; acción atribuida a la guerrilla de las Farc.

respecto de la no imposición de medida de aseguramiento por el caso No. 7, sin detenerse en que, el raciocinio de la magistratura que decidió tal asunto en esa jurisdicción especial, apuntó a la constatación de los presupuestos para conceder la amnistía por delitos conexos al delito político de rebelión en el marco de la Ley Estatutaria de la JEP y la Ley 1820 de 2016, compendios normativos que fijan un ámbito de aplicación personal en el que no encuentra subsunción el caso de autos.

En esa línea, se recuerda:

«1. El artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, asignando el conocimiento prevalente, preferente y excluyente sobre las demás jurisdicciones, de todas aquellas conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, «en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos», siempre que hayan tenido ocurrencia con antelación al 1° de diciembre de 2016.

Para determinar la competencia de la JEP, el artículo 23 ibidem contiene los criterios que permiten identificar una conducta delictiva y su relación con el conflicto armado, a saber:

a) Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible, o

b) Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

- Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.

- *Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.*
- *La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.*
- *La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.*

Frente a los destinatarios del sistema especial de justicia y de los beneficios de aplicación inmediata previstos para los integrantes del grupo desmovilizado, el mencionado artículo transitorio 5° establece que lo serán los combatientes de los grupos armados que suscriban un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional.

Así, la Corte Constitucional, al efectuar el control automático y único de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, precisó que la comparecencia obligatoria a ese sistema de justicia se predica de los alzados en armas, integrantes de las FARC-EP, por ser «una condición de quienes se encontraban al margen de la ley para incorporarse al proceso de paz y para someterse a la justicia. Siendo ello así, el sometimiento de los alzados en armas a la JEP no comporta una sustitución [d]el principio del juez natural, puesto que dicho sometimiento resulta, precisamente, de su voluntad de sujetarse a una autoridad jurisdiccional diferenciada de las ordinarias del Estado y que les ofrezca suficientes garantías desde una perspectiva transicional» (CC C-674-2017, apartado 5.5.2).

En términos más específicos, con posterioridad la Ley 1957 de 2019, en su artículo 63, previó que la JEP es competente, en su ámbito personal, respecto de todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, siempre que: (i) se trate de investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión; (ii) combatientes de los grupos armados al margen de la ley, siempre que hayan sido miembros de las organizaciones que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional; y (iii) personas que hayan sido acusadas en providencia judicial o condenadas en cualquier

jurisdicción por vinculación a dicho grupo, aunque los afectados no reconozcan esa pertenencia.»⁵²

De allí que, no es dable sin más, hacer una comparación entre dichos regímenes de justicia transicional, por cuanto, cada uno de ellos responde a necesidades y momentos históricos diversos, en los que, se determinaron parámetros de judicialización distintos respecto a actores armados de uno u otro proceso de reincorporación.

Luego, aun cuando en el régimen legal expedido con ocasión del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016, esto es, el Acto Legislativo 01 de 2017 y las Leyes Estatutaria de la JEP⁵³ y 1820 de 2016, se tiene contemplado el beneficio de la amnistía como medida para impedir el enjuiciamiento penal, es claro que ésta surge a partir del análisis de las precisas condiciones establecidas en ese grupo normativo.

En particular, la Ley 1820 de 2016 que estableció el esquema normativo para la concesión de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales, misma en la quedó delimitado los *«ámbitos de competencia temporal, personal y material para determinar la procedencia o no del beneficio de amnistía en cada caso, asegurando que la amnistía sea otorgada únicamente por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de Paz, a personas que*

⁵² CSJ AP2177-2021, Rad. 49060

⁵³ Ley 1957 de 2019

efectivamente pertenecieron o colaboraron con las FARC-EP, y por conductas relacionadas con el conflicto armado y el actuar de dicho grupo rebelde, siempre que las mismas no sean constitutivas de crímenes sobre los cuales el derecho internacional y el artículo 23 de la misma Ley 1820 prohíben el beneficio de amnistía.»⁵⁴

Es decir, en principio, estaría dada –la amnistía– para los denominados delitos políticos⁵⁵ pero también para sus conexos; estos últimos, bajo el listado que se expone en el artículo 16 de la Ley 1820⁵⁶ o, en el entendido que cumplen los criterios establecidos en el artículo 23 de la misma

⁵⁴ JEP. Sala de Amnistía o Indulto, auto 12 feb. 2020, SAI-AOI-D-003-2020

⁵⁵ Ley 1820 de 2016. Artículo 15. AMNISTÍA DE IURE. Se concede amnistía por los delitos políticos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción”, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

⁵⁶ Ley 1820 de 2016. Artículo 16. Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje.

El anterior listado de delitos será también tenido en cuenta por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de que esta Sala también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley. Las conductas que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto son las mencionadas en el artículo 23 de esta ley.

En la aplicación de la amnistía que trata la presente ley se incluirá toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales.

norma⁵⁷, por estudio que realice la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP.

Previsiones legales que, de manera alguna, encuentran un equivalente régimen de la Ley 975 de 2005, para sugerir que, por vía de analogía, se deba conceder una prerrogativa similar; ya que como quedará previamente establecido, a partir de la propia normativa y la jurisprudencia (CC C-370 de 2006), el beneficio que cobija a los postulados de justicia y paz, es la pena alternativa y no la amnistía, como mecanismo de extinción de la acción penal.

⁵⁷ Ley 1820 de 2016. Artículo 23. CRITERIOS DE CONEXIDAD. La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios:

- a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o
- b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o
- c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

La Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso.

PARÁGRAFO. (Apartes tachados INEXEQUIBLES y subrayadas CONDICIONALMENTE exequibles) En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto ~~únicamente~~ los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

- a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los ~~graves~~ crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables;
- b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

~~Se entenderá por “grave crimen de guerra” toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática.~~

Entonces, a modo de síntesis, se tiene que: (i) el Derecho Internacional Humanitario, sin duda, integra el ordenamiento jurídico colombiano y, por consiguiente, son aplicables sus reglas en el marco del conflicto armado interno; (ii) de acuerdo con de las normas del Derecho Internacional Humanitario, tanto desde el derecho convencional como consuetudinario, el concepto de “*combatiente*” tiene aserciones y efectos diversos, dependiendo de si se trata de conflictos armados internacionales –CAI- o no internacionales –CANI. En ese sentido, únicamente en los CAI se activa el denominado “*privilegio del combatiente*”, que permite entender que las acciones cometidas por grupos insurgentes y dirigidas contra el grupo opuesto, no son sancionables al recaer sobre un “*objetivo militar legítimo*”; (iii) los instrumentos desarrollados al interior de la legislación nacional, en procura de lograr la paz y permitir procesos de reincorporación de sujetos participes de las hostilidades en el conflicto armado colombiano, deben ser analizados y aplicados en los contextos precisos para los cuales fueron instituidos, pues, aun cuando en la actualidad, existen dos procesos de justicia transicional, los beneficios que en uno y otro sistema se establecieron, son diferentes y tienen diversos destinatarios.

5. Del análisis del caso concreto.

Conforme con los antecedentes que se verifican a partir del desarrollo de las audiencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento y,

demás anexos que obran en el expediente –digital- remitido, se tiene que *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*⁵⁸, *Luis Carlos Bobadilla Espitia*⁵⁹ y *Carlos Alirio Ortiz Riales*⁶⁰, pertenecieron al grupo armado denominado Ejército Revolucionario del Pueblo- E.R.P.⁶¹ y, como miembros de este grupo, se postularon a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

Que, con ocasión de ello, la Fiscalía General de la Nación, en audiencia del 25 de agosto de 2020, formuló imputación por hechos cometidos durante y con ocasión de su militancia en la referida organización, entre ellos, el número 7, por el que únicamente⁶² se convocó a *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*.

Este suceso, según se verbalizó, se remite al acaecido el 22 de mayo de 1999, en la vía que conduce del municipio de San Onofre (Sucre) al corregimiento de Palo Alto de este mismo municipio, en el que, al paso del camión conducido por el señor Rubén Darío Sánchez Álvarez (civil), en el cual, se movilizaba personal de la Infantería Marina, Batallón No. 31, fue activado un artefacto explosivo que desestabilizó el

⁵⁸ Certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas- CODA No. 0083 – 2008 de enero 17 de 2008. Postulación: marzo 20 de 2012. Cfr. Archivo “7.- HOJA DE VIDA WILMER JESÚS RODRIGUEZ VANEGAS”

⁵⁹ Certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas- CODA No. 0206-09 (D-1059/2008) de diciembre 04 de 2009. Postulación: 17 de diciembre de 2009. Cfr. Archivo “5.- HOJA DE VIDA LUIS CARLOS BOBADILLA ESPITIA”

⁶⁰ Certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas- CODA No. 0014 – 2011 del 8 de septiembre de 2011 Postulación, 26 de marzo de 2012. Cfr. Archivo “4.- HOJA DE VIDA CARLOS ALIRIO ORTIZ RIALES”

⁶¹ Grupo de guerrilla, que surgió a partir de una escisión del Frente “Alfredo Gómez Quiñonez”, del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional ELN. Cfr. Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, 28 jun. 2019. Rad. 08001- 22- 52- 003- 2018- 83097. Archivo “Sentencia Wilfredo Manuel Beleño Jaramillo y otros ERP”

⁶² Según quedara precisado en los antecedentes de esta decisión.

vehículo y permitió la ofensiva armada de miembros del grupo guerrillero E.R.P., cuyo resultado fue el deceso del conductor y el infante Alexander Baca Sánchez y, heridas en el sargento segundo, Evis Alberto Paternina Barreto -quien con ocasión de éstas perdió la movilidad de sus extremidades-, y el infante Dawin Fernando Torres Gazabo.

Por tal supuesto fáctico, la Fiscalía resolvió imputar las conductas de (i) actos de terrorismo; (ii) utilización de métodos de guerra ilícitos; (iii) homicidio en persona protegida, por el fallecimiento del conductor, Rubén Darío Sánchez Álvarez, (iv) homicidio, por el deceso de Alexander Baca Sánchez y, (v) tentativa de homicidio por los atentados en contra de la vida de Evis Alberto Paternina Barreto y Dawin Fernando Torres Gazabo⁶³.

Luego se observa que, contrario a lo aseverado por los no recurrentes en sus intervenciones, la conducta de homicidio en persona protegida no fue la única reprobada por la delegada de la Fiscalía al postulado y por la cual solicitó medida de aseguramiento, sino que también imputó el delito de homicidio simple, tanto consumado como tentado. Ello,

⁶³ Hechos frente a los cuales no presento objeción alguna el postulado al momento de formularse imputación y fueron reconocidos, según lo aseveró la delegada fiscal, en su versión libre del 10 de septiembre de 2019, la que habría narrado así: «según información de las FARC, que por allí se movía una camioneta de la marina con 15 soldados, se montó un campo minado, para ser activado. Al paso de los vehículos se presenta un combate, dicen que hubo muertos, pero no sé cuántos fueron, resultó un guerrillero herido que era alias Mario. Fiscal: que otras personas participaron en este hecho. Wilmer Rodríguez Rafael Simanca fue quien también participó, de las FARC, fue Jaime Calaguaro, Jimmy, Iván, Mario, Misael y Richard. Fiscal: cuanto tiempo estuvieron en combate y después hacia donde se fueron. Wilmer Rodríguez: el combate demoro media hora, la orden de Sima con Calaguaro era que nos replegáramos, nos fuimos a cerro capacho. Fiscal: acepta la participación en estos hechos mencionados. Wilmer Rodríguez: sí acepto porque participe directamente en ellos.» Cfr. Archivo "HECHO No. EVIS ALBERTO PATERNINA Y OTROS"

de acuerdo con la calidad de la víctima -civil o integrante de la Fuerza Pública- y su resultado, adicional, a los otros comportamientos mencionados, no siendo entonces de recibo, aquel planteamiento por el que se indicó que, el ente investigador, sorpresivamente varió la calificación al momento de soportar su inconformidad contra la negativa a su petición del 21 de octubre de 2020.

Ahora, según quedara desvirtuado a partir de la reflexión de la que se ocupó la Corte en el anterior acápite, la sola circunstancia de que los miembros de la organización subversiva hayan dirigido sus acciones en contra de su contendiente militar no desestima su judicialización al interior del proceso de Justicia y Paz, toda vez que, el “*privilegio de combatiente*” no se activó en los términos expresados por la Magistratura de primera instancia en el conflicto armado colombiano y, la normativa que aplica a los postulados a este régimen de justicia transicional no consagran *per se* ninguna prerrogativa en esa línea.

Luego, la motivación que expresó en tal sentido el Magistrado con función de Control de Garantías, fenece ante las precisiones efectuadas por esta Corporación y por ello, en principio, la situación advertida no es obstáculo para que se imponga medida de aseguramiento en contra del postulado en comento.

Sin embargo, para la Sala, las calificaciones atribuidas a *Rodríguez Vanegas* por la Fiscalía no se comparten en su

integridad, especialmente, por el delito de homicidio en persona protegida por cuenta de la defunción de Rubén Darío Sánchez Álvarez, pues aun cuando no hay duda que el vínculo que sostenía aquel con la Armada Nacional no era el de miembro activo, en la medida que quedó establecido que se desempeñaba como conductor civil, la función que asumió y la forma cómo se presentaba, descartaba que se tratara de un civil que se mostraba ajeno al desarrollo de las hostilidades.

En ese sentido, razón le asiste al *a quo*, cuando destacó que conforme con la entrevista de la esposa del fallecido⁶⁴, aquél se exponía como un integrante de la Fuerzas Militares que impedía su reconocimiento como un civil para cualquier espectador promedio, pues usaba prendas de usanza de la Armada, como a continuación se subraya:

«Él era conductor civil de la Armada Nacional, primero fue soldado profesional como nueve años y tuvo una emboscada y quedó con problemas en una pierna y lo dejaron como conductor civil, llevaba casi seis años como conductor civil, en total en la Armada estuvo como catorce años, esa fue la tercera emboscada. PREGUNTADO: ¿su esposo Rubén Darío Sánchez Álvarez usaba uniforme militar cuando ejercía la función de conductor? CONTESTO: Sí, usaba suéter verde, incluso creo que él murió con un uniforme verde, viviendo conmigo siempre lo veía suéter de la Infantería de Marina, usaba botas militares. (...)»

Circunstancia que además se refuerza por el hecho conducir un vehículo que transportaba una tropa militar, lo que fácilmente lo situaba fuera de las personas cobijadas por

⁶⁴ Cfr. Entrevista del 28 enero de 2020. Archivo “Entrevista de Gloria Cesilia Castillo Buelvas y documentos anexos”

la protección especial que los instrumentos internacionales y nacionales conceden a la población civil, bajo el entendido de que no se trataba de un tercero que no participaba de la confrontación armada.

En ese sentido, acerca del delito de homicidio en persona protegida, es claro que se configura este, cuando, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se ocasiona la muerte a una persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, entendiéndose entonces, como: (i) los integrantes de la población civil; (ii) las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; (iii) los heridos, enfermos, náufragos puestos fuera de combate; (iv) el personal sanitario o religioso; (v) los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; (vi) los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición y otra causa análoga; (vii) quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; y, (viii) cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse⁶⁵.

Categoría frente a la cual, esta Sala, acogiendo pronunciamientos de la Corte Constitucional, indicó:

En esa línea también se ha admitido el marco conceptual para identificar a la población civil frente a los combatientes, tal como

⁶⁵ Parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

la Corte Constitucional lo expuso en C-291-2007, partiendo del principio de distinción que opera en los conflictos armados no internacionales; así, el término civil se refiere a las personas que reúnen dos condiciones: (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas; y, (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como «personas civiles» o «individuos civiles», o de manera colectiva en tanto «población civil».

De lo anterior, concluyó que: «[...] la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su status legal en abstracto», máxime cuando la noción de «hostilidades», al igual que la de «conflicto armado», trasciende el ámbito del combate, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. (CC C-207-2007).» (CSJ SP107-2020, Rad. 48724)

Criterio que al reflejarse en el análisis del caso concreto no permite estimar que dicha protección se mantenga respecto de Rubén Darío Sánchez Álvarez, pues en el contexto que se refleja el relato de los hechos por parte de la Fiscalía y, la entrevista antes mencionada, se tendría que el fallecido se identificaba con los miembros de la institución castrense y como tal fue tenido por los actores del grupo armado ilegal.

A este respecto, no sobra precisar que a esa conclusión se llega, a partir de las circunstancias denotadas exclusivamente conforme con los elementos aportados para respaldar la medida de aseguramiento, sin que signifique, de modo alguno, una discusión acabada respecto de la configuración típica, la cual, además se acoge, porque, sin que exista duda desde el plano formal que el occiso no era

miembro activo de la fuerzas armadas, el recuento fáctico hasta ahora establecido, impedía distinguirlo de quienes sí integraban el cuerpo armado estatal.

Sobre este asunto, debe rescatarse que no hay duda de que el principio de distinción propende precisamente porque se diferencie a la población civil de aquella que participa en las hostilidades, sin embargo, esa diferenciación en todos los casos no es fácil, siendo por ello aspectos particulares los que pueden dilucidar la prerrogativa de protección que se genera a favor de los civiles e, incluso, advertir si la intención del agresor es la de atentar en contra de aquellos.

Sobre ello, en sentencia del 12 de diciembre de 2007, proferida por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), “*Fiscal vs. Dragomic Milosevic*”⁶⁶, se dijo:

“940. Los cargos 4º y 7º del acta de acusación se refieren al artículo 51 del Protocolo adicional I y al artículo 13 del Protocolo adicional II a los convenios de Ginebra de 1949, que dicen, en los puntos relevantes: “La población civil como tal, así como civiles individuales, no deben ser objeto de ataque”.

*941. Esta prohibición general es ampliamente conocida en el derecho internacional consuetudinario y se basa en los principios de distinción, precaución y protección. **El principio de distinción obliga a las partes combatientes a diferenciar, en todo momento, entre la población civil y los combatientes, y entre los bienes civiles y los objetivos militares, y a asegurar que***

⁶⁶ Radicado: IT-98-29/1-T. Asunto “Fiscal vs. Dragomic Milosevic”. Sentencia proferida el 12 de diciembre de 2007 por la Sala de Primera Instancia del TPIY. En Ramelli Arteaga, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Agencia de Cooperación Internacional Alemana; Ediciones Uniandes, Bogotá. 2011.

las operaciones sólo sean dirigidas contra objetivos militares. El artículo 57.2 a) (ii) del Protocolo adicional I [a la Convención de Ginebra] exige que aquellos que planean o deciden un ataque tomen todas las precauciones posibles en la escogencia de los medios y métodos de ataque con el fin de evitar, o en cualquier caso minimizar, la pérdida de vidas civiles, lesiones a civiles o daño a objetos civiles. El principio de protección asegura que la población civil y los civiles como tales disfruten un amparo general contra los peligros generados por operaciones militares. En conjunto, estos tres principios forman la base del derecho internacional humanitario.

[...]

b) Actus reus

942. **El actus reus del delito de ataque ilegítimo a civiles es un acto de violencia dirigido contra la población civil o un civil individual causando la muerte o lesiones corporales o mentales graves entre la población civil.** La jurisprudencia del tribunal, en relación con los crímenes atribuidos bajo el artículo 5º del estatuto, ha definido “ataque” como el curso de una conducta que involucre la comisión de actos de violencia. En el caso “Galic”, la Sala de Primera Instancia sostuvo que la conducta prohibida establecida en el artículo 51.2 del Protocolo adicional I es dirigir un ataque, tal y como es definido en el artículo 49 del Protocolo adicional I, contra la población civil o civiles individuales que no estén tomando parte en las hostilidades.

[...]

945. **El término “civil” se define negativamente para incluir a cualquier persona que no sea miembro de las Fuerzas Armadas o a un grupo militar organizado perteneciente a una de las partes en el conflicto. En algunos casos puede ser difícil evaluar si una persona es civil.**

946. **La práctica generalmente aceptada es que los combatientes se distingan a sí mismos usando uniformes, o al menos un signo distintivo, y portando sus armas de forma clara. Otros factores que pueden ayudar a determinar si una persona es un civil pueden ser su vestimenta, actividad, edad o sexo.** En casos de duda sobre si una persona es civil, esa persona debe ser considerada como civil. Como fue afirmado en el Comentario al Protocolo adicional I, la presunción del estatus civil se aplica a: [...] personas que no hayan cometido actos hostiles,

pero cuyo estatus es dudoso de acuerdo a las circunstancias. Deben ser considerados como civiles hasta que una mayor información sea disponible, y por ende no deben ser atacados.

947. La protección proporcionada a civiles individuales por el artículo 51 del Protocolo adicional I continúa hasta que los civiles tomen parte directa en las hostilidades. Es necesario distinguir entre participación directa en las hostilidades y participación en la guerra. Tomar parte directa en las hostilidades significa el compromiso en actos de guerra que, por su naturaleza o propósito, probablemente causarán un daño real al personal o material de las Fuerzas Armadas enemigas. Cuando un civil toma parte en el combate armado pierde su inmunidad y se convierte en un objetivo legítimo.

948. Para constituir una violación a la prohibición a ataques a civiles, el ataque debe haber sido dirigido hacia un civil individual o hacia la población civil. En este sentido, la Sala de Apelación ha sostenido que, para definir si un ataque “ha sido dirigido”, aquello puede inferirse de varios factores, incluyendo los medios y los métodos usados en curso del ataque, el estatus y número de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos, la medida en que pueda decirse que la fuerza atacante haya cumplido o haya intentado cumplir con los requerimientos de precaución de las leyes de guerra, o la naturaleza indiscriminada de las armas usadas.

[...]

c) Elemento subjetivo

951. La Fiscalía debe demostrar que el acusado hizo de la población civil el objeto de sus actos de violencia de forma deliberada.

[...]

Como se confirmó en la Sala de Apelación del caso “Galic”, la noción de “deliberadamente” incorpora el concepto de dolo eventual, mientras que se excluye la mera negligencia.

952. Con el fin de establecer el elemento subjetivo del delito debe mostrarse que el perpetrador era consciente, o debió ser consciente, del estatus civil de las personas atacadas. En caso de duda, la fiscalía debe mostrar que, dadas las

circunstancias, una persona razonable no pudo haber creído que el individuo que atacaba era un combatiente.»
(Negrillas fuera del texto)

Aspectos que retomados, permiten deducir, al menos por ahora, que el ataque en el que perdió la vida Rubén Darío Sánchez Álvarez, no estaba dirigido en su contra y con conocimiento de que no era miembro del cuerpo militar, por el contrario, como se había dicho antes, las prendas que portaba, el estar movilizando a integrantes de la fuerza castrense, y la misma forma en que se produjo la emboscada y posterior acción defensiva no permite asumir que los insurgentes, produjeran su muerte a sabiendas de su condición de civil.

Sin embargo, ello no significa que la acción mediante la cual perdió la vida este ciudadano, al igual que el miembro de la Infantería de Marina Alexander Baca Sánchez y los atentados perpetrados contra de la vida de Evis Alberto Paternina Barreto y Dawin Fernando Torres Gazabo, no sean reprobados por el derecho penal interno, pues, quedan cobijados bajo la calificación de homicidio y homicidio en grado de tentativa (artículos 103 y 27, del Código Penal), conductas que, igualmente formuló la fiscalía, con excepción del primero, de quien se mantendrá ésta calificación para efectos de la imposición de la medida de aseguramiento.

En todo caso, se destaca que, la calificación jurídica que de la conducta que, para este momento procesal se asume, para fines de la imposición de la medida de aseguramiento,

no tiene el carácter de definitiva, pues, con los medios de convicción que se alleguen para el momento en que la Fiscalía ante la instancia de Conocimiento entre a legalizar la formulación de cargos, teniendo ya dilucidadas las particularidades del suceso, puede hacer la calificación que se avenga conforme con la realidad probatoria.

De otro lado, tampoco se decretará la medida cautelar personal por las restantes conductas, esto es, actos de terrorismo y utilización de métodos de guerra ilícitos, comoquiera que no se ofrece elemento alguno que respalde la inferencia razonable de que el imputado es autor o participe de las mencionadas conductas punibles, ya que no se explicó y menos, soportó la sindicación que se hizo en tal sentido.

Así, frente al primero, los hechos jurídicamente relevantes y elementos que fundamentan la petición de medida de aseguramiento, no refieren de manera alguna que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se hubiesen ejecutado ataques indiscriminados o excesivos o, que involucraran a la población civil como sujetos de agresiones, represalias, actos o amenazas de violencia con la finalidad principal de aterrorizarla.

Tampoco, respecto del segundo, que en la incursión en contra de la caravana se hayan usado medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos, ya que no se especificó el tipo de dispositivos empleados con el alcance

indicado, dejando así desprovista la postulación de los mínimos elementos de corroboración que permitan sostener un reproche. Con lo cual, la Fiscalía dejó de lado la carga argumentativa y probatoria que se requiere para la imposición de la medida de aseguramiento⁶⁷.

De manera que, en síntesis, los argumentos expuestos en la decisión adoptada por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, no son de recibo para esta Corporación, pues, de manera equivocada consideró que los actos delictivos cometidos por los miembros del E.R.P. en contra de miembros de la fuerza pública, y en particular, por *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, no son susceptibles de judicialización, sin detenerse en que, si bien no se enmarcan en aquellos atentados contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, sí se ajustan a la protección que establece nuestro sistema penal colombiano a las conductas que lesionan el bien jurídico de la vida e integridad personal.

Por tal razón, la providencia impugnada será revocada, exclusivamente en lo que fue objeto de apelación y, en su lugar, se impondrá medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por el hecho rotulado No. 7, por los delitos de homicidio simple y homicidio en grado de tentativa, ambos en concurso homogéneo y sucesivo.

⁶⁷ Cfr. CSJ AP 2542-2021, Rad. 59526, AP1227-2019, Rad. 53747 y AP968-2020, Rad. 56715.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la parte impugnada del auto del 21 de octubre de 2020, emitido por el Magistrado con Función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, para, en su lugar, imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a *Wilmer de Jesús Rodríguez Vanegas*, por los delitos de homicidio simple y homicidio en grado de tentativa, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, con ocasión del hecho identificado bajo en número siete.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.



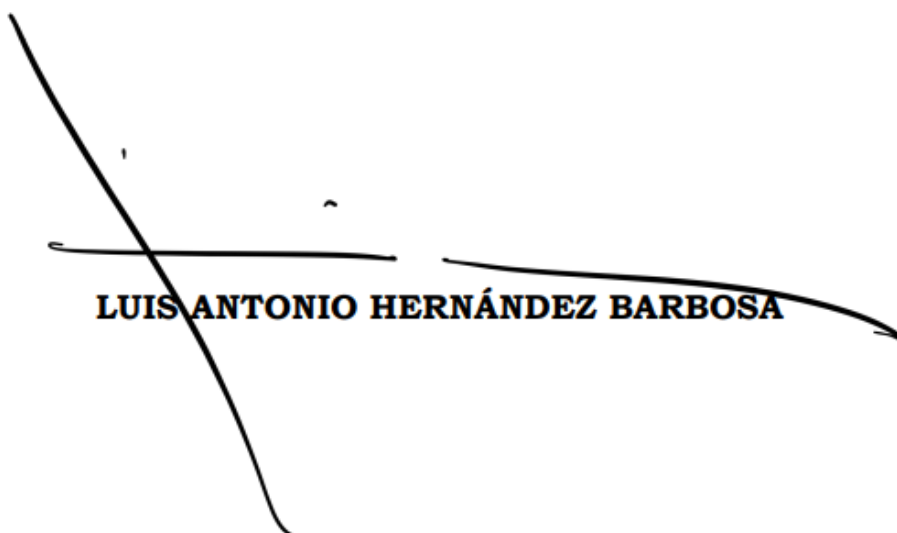
GERSON CHAVERRA CASTRO



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



HUGO QUINTERO BERNATE

CUI 08001225200120198476002
N.I. 58457
Segunda Justicia y Paz
Wilmer Jesús Rodríguez Vanegas y otros



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria