

**LOS ALZADOS EN ARMAS
GENERADORES DE UN ORDEN JURIDICO**

**MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIERREZ
JOSÉ ORLANDO BUITRAGO GÓMEZ**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
2002**

TESIS

**LOS ALZADOS EN ARMAS
GENERADORES DE UN ORDEN JURIDICO**

**MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIERREZ
JOSÉ ORLANDO BUITRAGO GÓMEZ**

**JOSE FERNANDO BERMÚDEZ ZULUAGA
PRESIDENTE**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
2002**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. LA VIOLENCIA EN COLOMBIA	6
1.1. VIOLENCIA RACIONAL E IRRACIONAL	8
1.2. VIOLENCIA Y DESPLAZAMIENTO CAMPEÑO EN COLOMBIA	13
1.3. NUEVE DE ABRIL DE 1948 FENOMENO POLÍTICO VIOLENTO	19
1.4. DE DONDE PROVIENE LA VIOLENCIA.	22
2. SUBVERSIÓN.	26
2.2. CARÁCTER INTERNACIONAL DEL DELITO POLÍTICO.	32
2.2.1. Doctrina Internacional y delito político.	33

	Pág.
2.3. DELINCUENTE POR CONVICCIÓN EN COLOMBIA.	36
2.4. PRUEBA DE LA CONVICCIÓN.	41
3. AUTODEFENSAS – PARAMILITARES.	51
3.1. ANTECEDENTES DE LAS AUTODEFENSAS Y EL PARAMILITARISMO.	51
3.2. AUTODEFENSAS.	54
3.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS AUTODEFENSAS.	56
3.4. PARAMILITARISMO.	63
3.5. MILITARES – UTODEFENSAS (NEXOS)	68
3.5.1. Rebelión.	69
3.5.1.1. Elementos del Punible de Rebelión.	76
3.6. DELINCUENTE POR CONVICCIÓN Y SUS BENEFICIOS.	80
3.6.1. Exclusión de pena para rebeldes y sediciosos.	83
3.6.2. Amnistía, beneficio político para rebeldes y sediciosos.	91

	Pág.
3.6.3. Indulto, beneficio político para rebeldes y sediciosos.	95
3.6.4. Justificación de la amnistía e indulto.	97
4. DEFENSA JUSTA.	103
4.1. CONCEPTOS SOBRE LA DEFENSA.	103
4.2. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO.	108
4.2.1. DEFENSA NECESARIA.	111
4.2.2. DEFENSA DEL DERECHO TUTELADO POR LA LEY.	113
4.2.3. ACTUALIDAD O INMINENCIA DE LA INJUSTA AGRESIÓN.	117
4.2.4. AGRESIÓN Y DEFENSA PROPORCIONADAS.	120
4.3. LEGITIMA DEFENSA DE TERCEROS.	125
4.3. DERECHOS SUSCEPTIBLES DE DEFENSA.	129
5. CONFLICTO ARMADO Y DERECHOS HUMANOS.	142
5.1. DERECHOS HUMANOS.	142

	Pág.
5.2. NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.	145
5.3. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.	150
5.4. EL DERECHO HUMANITARIO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.	157
5.5. CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, ADHESIÓN DE COLOMBIA.	162
6. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN COLOMBIA.	173
6.1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.	173
6.2. FICCIÓN O REALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.	182
6.3. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL COLOMBIANO.	188
6.3.1. Breve reseña histórica que antecede a la legislación penal Colombiana sobre Derecho Internacional Humanitario.	190
6.3.2. Constitucionalidad del Protocolo II de Ginebra.	195

	Pág.
6.4. CONDUCTAS TÍPICAS QUE VIOLAN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.	200
6.4.1. Homicidio, Genocidio, Persona protegida.	202
6.4.2. El genocidio en el Derecho Internacional Humanitario.	204
6.5. Otras conductas punibles que lesionan el Derecho Internacional Humanitario.	210
RECOMENDACIONES	216
CONCLUSIONES	224
BIBLIOGRAFÍA	236

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
FIGURA 1. PRESENCIA PARAMILITAR EN COLOMBIA 1990 -1997.	43
FIGURA 2. ACCIONES DE LAS FARC 1985-1997	44
FIGURA 3. ACCIONES DE LAS FARC 1995-1997	45
FIGURA 4. EXPANSION DE LA PRESENCIA PARAMILITAR	65
FIGURA 5. COMPRAS DE TIERRAS POR NARCOTRAFICANTES	66

ABREVIATURAS

FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.
ELN	Ejército de Liberación Nacional.
EPL	Ejército Popular de Liberación.
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
JUS GENTIUM	Derecho de Gentes.
JUS CONGENS	Derecho de los Tratados

INTRODUCCION

La violencia se ha constituido en un proceso social demasiado importante, y muchas veces decisivo en la estructuración del medio social colombiano. Basta solo remontarnos a la época de la conquista, en donde el dominio español, se obtuvo mediante la fuerza y la violencia. La hegemonía española creada con la implantación del virreinato de la Nueva Granada que prolongó y perfeccionó el terrorismo y la violencia.

Las luchas se tornaron más violentas durante la colonia, por los profundos conflictos surgidos entre los españoles y los reductos de indígenas indómitos, que se agudizaron con la intervención de los esclavos africanos, que a su vez enfrentaron a los españoles.

Finalizando el periodo colonial, los intereses contradictorios se convirtieron en conflictos entre los mismos españoles que ocupaban la península y los americanos.

Luchas que cobraron más violencia en la Nueva Granada debido a la "insurrección de los comuneros y las guerras de independencia". Los españoles, por conveniencia, en determinado momento se aliaron con la oligarquía hispanoamericana y como consecuencia de esa absurda alianza surge el enfrentamiento con los artesanos, con los agricultores minifundistas, con los indígenas, no incluyéndose a los esclavos traídos del África.

Empezó a dilucidarse una pugna de clases, jugando los intereses comerciales, criollos o españoles, papel preponderante, ya que la oligarquía criolla, con sus intereses económicos de por medio, lideró el movimiento independentista.

Entre las facciones enfrentadas, dentro de lo que sería la República de la Gran Colombia, solo se exceptuó el enfrentamiento entre los conquistadores y la corona Española.

Fueron surgiendo, como producto de los enfrentamientos violentos, la incipiente clase dominante, y se hizo tránsito a numerosas guerras civiles, tendientes a la reforma, o a la conservación de la estructura socio-económica colonial, y sobre la forma como debería organizarse el surgente Estado Republicano.

La nueva y elemental organización era extremadamente débil, comparada incluso con la organización colonial, las contradicciones se profundizaron, la sociedad en si misma, los aspectos

económicos y la política se dividieron y dieron al traste con el poder y organización centralista.

Surgió lo que se constituiría en la nueva clase dominante criolla, y desde luego se presentaron desafíos, todos ellos caracterizados por la violencia con visos de guerras civiles y se definen nítidamente varios períodos.

En un primer período se presentaron conflictos que se asociaban con la formación del pretendido Estado Republicano, desde luego involucrándose intereses socio-políticos y económicos. Surge un segundo período, donde se intensifican los conflictos, tendientes a transformar toda una serie de instituciones coloniales, donde se obtuvo éxito, pero mediando desde luego la violencia.

Surge un tercer período, que se extiende hasta nuestros días, en donde las facciones de clase rivalizan unas con otras, tendientes al control estatal, donde se busca satisfacer los propios e

individuales intereses económicos y los particulares. Pero en este concepto particular, se acude a la asociación y formación de movimientos de carácter comunitario, de allí que se presentó un tránsito de la violencia inicialmente irracional, a una violencia racional, y es allí donde entra en juego el concepto de guerrilla, bandolerismo, autodefensa, paramilitarismo y similares, hasta el punto, que cada facción busca reconocimiento oficial y puesto en la "mesa de conversaciones".

Como puede apreciarse, el enfrentamiento de facciones armadas, con fines específicos y medios violentos, han sido elementos de trascendencia en los diferentes fenómenos sociales por los que ha venido atravesando Colombia. Un entendimiento del proceso histórico-violento es elemento esencial para comprender el conflicto colombiano, radicado básicamente para el desarrollo de nuestro estudio en el siglo XX y comienzos del XXI.

1. LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

Hemos considerado, al inicio de este trabajo, hacer alusión al fenómeno social que ha tenido inmensas repercusiones en Colombia, que parte de la misma idiosincrasia del habitante del territorio colombiano, fenómeno que se remonta a la misma época de la Conquista, trascendiendo las diversas fases por las que se atravesó, hasta desembocar a la época actual, en donde esa violencia ya toma caracteres políticos, con incidencia en la Organización Republicana.

“La violencia en Colombia”, es una obra producto de la selección que el Presidente de la Republica Dr. Guillermo León Valencia, hizo recaer en una serie de prestantes hombres públicos, en donde se incluía sociólogos, politólogos y en donde no se podía excluir la representación clerical, la que le correspondió al que por ese entonces denominaron “Obispo Rojo de Colombia”, cual lo era Monseñor Guzmán Valencia.

Dicha obra, centra su estudio en el actuar de personajes funestos para Colombia, los cuales fundamentando ese actuar en una incipiente ideología Marxista, quisieron dar tinte político a las atrocidades que en el campo colombiano se venían cometiendo, producto del desorden social imperante en el momento.

Pero olvidaron los tratadistas remontarse a épocas pretéritas, como inicialmente se ha dicho, ya que en la evolución política y

republicana de nuestro país, hasta el momento se ha hecho imposible erradicar ese actuar violento, que cobra actualidad con el surgimiento de nuevas modalidades, que serán objeto de nuestro estudio.

1.1 VIOLENCIA RACIONAL E IRRACIONAL.

La vida en comunidad se sustenta de manera general sobre una base racional, producto de actos racionales consecuencia del pensar del hombre como él más racional de los animales. De allí que ese actuar se orienta a la consecución de unos fines específicos, de mayor o menor importancia según el concepto mayoritario de los asociados, como consecuencia del "Contrato Social" bien argumentado por Juan Jacobo Rosseau.

Comunidades las hay, que consideran que para obtener la consecución de un fin razonable, acude al instrumento de la

violencia, y de esta manera quieren justificar ese actuar, por ello

un eminente tratadista ha expresado:

“Este estudio de la Violencia en Colombia se conceptualiza primordialmente a la violencia como un “instrumento”, es decir “violencia racional”. La violencia se considera racional si es el medio utilizado para alcanzar un fin potencialmente realizable y si tiene el potencial para obtenerlo. Por el contrario, “la Violencia irracional” es la agresión física o la amenaza certera de la misma que no persigue una meta; tiene la propia violencia como meta (ejemplo: satisfacciones psicológicas derivadas de la violencia), o la que no tiene el potencial para alcanzar la meta propuesta. Son ejemplos: la matanza sin razón, despertar satisfacciones sádicas, masoquistas o similares, emplear la violencia para tratar de alcanzar una meta imposible o ejercerla sin poder lograr siquiera potencialmente un objetivo realista”¹

No compartimos el criterio expuesto por el autor, ya que el texto transcrito, en la práctica legaliza el actuar violento, pues el fin potencialmente realizable entra al terreno de la subjetividad, y será cada individuo quien analice la potencialidad del fin, ello sin ahondar en lo referente al potencial que se tiene para realizarlo, en otras palabras, según el autor si se considera que se puede obtener un fin mediante el empleo de la violencia, puede actuarse

¹ PAUL OQUIST. “Violencia Conflicto y Política en Colombia” Biblioteca Banco Popular, edición 1978, Pág. 37.

si se considera que el potencial o medios con que se cuenta son suficientes para imponer y obtener el fin.

Se puede perfectamente plantear, que la base o estructura social, por incipiente que ella sea, tiene su base racional, precisamente por provenir de hombres perfectamente racionales, que forzosamente, de acuerdo con sus necesidades, deben propender por la fijación y obtención de unos fines que se encuentran desde luego sujetos a los cambios histórico-sociales, pero que en el momento actual que se vive, tiene plena vigencia como para considerarles fines racionales o lícitos.

La hipótesis planteada por el autor conlleva sus peligros de interpretación, ya que si la trasladamos al conflicto violento que vive Colombia actualmente, se pondría en discusión si la guerrilla por definición, propende por fines altruistas o racionales, (Sociales, políticos y económicos) y tienen el potencial de la fuerza, que se convierte en violencia, suficiente, en determinado

momento para entenderse ido aceptarse como violencia racional: tienen fines específicos, y han demostrado que cuentan con los medios adecuados, pero violentos. Lo mismo podría predicarse de los grupos o movimientos que surjan y han surgido a raíz del conflicto, pues no puede negarse que las autodefensas si no tienen la legalidad de la fuerza, que la descarta el autor, si tienen fines específicos y tienen el potencial de fuerza y violencia necesarios para obtenerlos, justificándose así también su actuar.

Se entra a discutir, quién entonces ejerce la violencia racional, y quién la violencia irracional, la solución se difiere a la finalización del conflicto, y de "triunfador a villano", la diferencia la marca el ganador. Vale decir, quien resulta vencedor ejerció violencia racional, y el perdedor la ejerció irracionalmente. Pero como se propende por que "no haya vencedores ni vencidos", al término de la confrontación veremos que la violencia fue para los bandos enfrentados, en términos generales: "violencia ejercida racionalmente", postulados plenamente aplicables a la situación

actual colombiana.

El criterio expuesto en nuestro estudio, radica en que los conflictos sociales, por regla general, presentan el camino más prometedor para la investigación, si se está interesado en estudiar el comportamiento violento, como un proceso que ha estado presente y regulado a fin de estructurar las relaciones sociales entre los colombianos, por ello se ha expresado:

“Acaso todo el atavío brutal y absurdo de las matanzas conocidas que a través de la historia se exhibieron en Colombia. Aun persiste el temor de amenazas, terror y muerte, la presentación visual de cuerpos descuartizados y otras manifestaciones sádicas, acompañadas del deseo de venganza en aquellos niños cuyos padres o parientes fueron víctimas de la violencia. Todo esto tiende a perpetuar una situación que, posiblemente, no tiene igual en la civilización occidental contemporánea... pero en ninguna parte del mundo occidental en tiempos recientes desde la segunda guerra mundial, ha sido tanta la brutalidad absurda, el genocidio y la violencia sin guerra, como en la tragedia Colombiana”.²

En el aparte transcrito, el autor plenamente refrenda la hipótesis planteada, en el sentido de que la violencia en Colombia ha sido ingrediente primordial en el desarrollo de la sociedad Colombiana,

² Obra citada, Pág. 43 y 44

sobrepasando cualquier límite de brutalidad.

1.2 VIOLENCIA Y DESPLAZAMIENTO CAMPESINO EN COLOMBIA.

La violencia irracional, en Colombia, prácticamente abarca todo el siglo XX, haciéndose dicho fenómeno social extensivo a principios del siglo XXI, y con probabilidades de continuar en el futuro.

Sin embargo, a partir del asesinato del General Rafael Uribe Uribe el día 14 de Octubre de 1914 en Santa fe de Bogotá empieza a vislumbrarse una incipiente violencia política, con visos de "irracional", ya que se presentó enfrentamiento armado entre los adeptos del partido Conservador, y quienes se dicen militaban en las toldas Liberales, fenómeno que fue acrecentando y reafirmando el carácter de "irracional", ya que simplemente se asesinaba por ser partidario de uno u otro bando, pero sin ideología definida.

Al anterior fenómeno social, debe aunarse un acontecimiento que tuvo repercusiones hacia el futuro, y fue el ocurrido en el año de 1928, cuando se presentó la denominada "Masacre de las Bananeras", en la que hubo una demostración de fuerza estatal, en contra de inermes campesinos, donde el Estado protegía claros intereses económicos y latifundistas de los extranjeros. Ejercicio de fuerza estatal extralimitada e innecesaria, que culminó con la inmolación de numerosísimos trabajadores bananeros.

Al norte del Departamento de Antioquia, en lo que es el Urabá Antioqueño, zona de la "Masacre de las Bananeras", la población nativa, indígena, fue poco a poco desalojada por colonos minifundistas, quienes a su vez fueron despojados de esas ilícitas posesiones por los latifundistas, que por medio de la fuerza y el terror, se procuraban los títulos correspondientes. Cada uno de estos procesos estuvo acompañado de despiadada violencia.

En los denominados "Santanderes", el Norte de Cundinamarca, Tolima y Huila, los militantes o simpatizantes del partido liberal, fueron perseguidos por las autoridades locales, y empezó a vislumbrarse una especie de organizaciones que se convierten en el antecedente inmediato a los grupos de autodefensa, que lentamente, para estar acordes con el evolucionar político Internacional, toman el carácter de incipiente movimiento guerrillero.

Se presenta entonces, confusión de carácter ideológico, ya que como lo analizaremos más adelante, guerrilla y autodefensa son actualmente bandos antagónicos y enfrentados con las armas, con objetivos y fines plenamente delineados.

La región de Viota a lo largo del río Bogotá es ajena a los enfrentamientos armados, los campesinos allí se autodenominan Comunistas, se organizan en grupos definidos, para luchar armadamente contra todo aquel que pretenda ingresar a su

territorio.

En territorio del Departamento de Cundinamarca, se encuentra una región histórica, desde el punto de vista del evolucionar guerrillero y del concepto de autodefensas, y como lo expresan algunos autores: La región de Sumapaz, en Cundinamarca, fue la última región deseable de la codiciada parte central Colombiana abierta a la colonización en gran escala. La llegada de colonos en busca de tierra condujo a la violencia entre los colonos y terratenientes. Posteriormente, a esta zona llegó una buena parte de los campesinos refugiados, atacados por el ejército en el oriente del Tolima. Organizados por el partido comunista, se mantuvieron aislados de la influencia del gobierno nacional.

Como la violencia se había generalizado, puede decirse que en forma indiscriminada, básicamente en el área campesina del territorio nacional y con mayor énfasis en los departamentos del Valle, Tolima y circundantes, esa población campesina

desprotegida, ya que el ejército se había alineado en uno de los dos bandos, buscando refugio en la región del Sumapaz. No sobra hacer claridad, que el desplazamiento campesino se originó básicamente, por la irrupción de un tipo de delincuencia, que se conoció en cuanto a sus integrantes con el remoquete de “pájaros”.

El partido comunista, que ya quería tomar partido del enfrentamiento armado y la consecuente desplazada de campesinos, los quiso adoctrinar y aglutinar, a fin de mantenerlos al margen de cualquier ingerencia estatal, en donde se empieza a poner de presente la crisis de autoridad y poder, que ha sido un común denominador en la República Colombiana a través de su devenir histórico, ya que no es mero enunciado expresar, que los estamentos oficiales, como consecuencia de la violencia indiscriminada se han puesto continuamente en entredicho.

Como consecuencia, se puede expresar, que el fenómeno social

de los “desplazados”, no es nuevo en nuestro medio, simplemente al agudizarse el enfrentamiento armado, que desboca cualquier límite que se pretenda imponer a la violencia, se ha recrudecido y puesto en actualidad, hasta el punto que se viene convirtiendo en tema de orden público, por la incapacidad del estamento estatal para solucionarlo.

Campesinos, que en virtud del fenómeno desaforado e indiscriminado de la violencia, ante la desprotección Estatal, emigran de distintas partes del país, básicamente, como ya se enunció, de Cundinamarca, Tolima, Huila, y fundamentalmente del norte del departamento del Valle, entre esos campesinos que vieron masacrar a sus padres, y consecuentemente le fueron arrebatados por la violencia sus fondos, se encuentra un personaje que ha hecho historia, que inicialmente se le dio el calificativo de “pájaro”, y a quien se señaló con el alias de “Tirofijo”, y que a la postre resultó ser Manuel Marulanda Vélez. Esos campesinos, en busca de refugio, se asientan en regiones

como el Sumapaz, Marquetalía, El Pato, La Uribe, surgiendo las denominadas "Repúblicas Independientes", precisamente por su posición cerrada a que en sus territorios hubiere ingerencia extraña alguna, así fuese estatal.

1.3 NUEVE DE ABRIL DE 1948. FENÓMENO POLÍTICO – VIOLENTO.

La Organización de Estados Americanos, OEA, fija como sede para su novena conferencia, la capital de la república de Colombia, donde afluyen políticos, representantes y observadores del orden internacional y básicamente "Tercermundistas", la cual se instala el 30 de marzo de 1.948, sobra decir, que dicha conferencia, por el rango de las personalidades que acudieron, atrajo la atención del terrorismo internacional.

Para el año de 1947, y toda la década del 40, Colombia vivía en

condiciones excepcionales, desventajosas en el orden público, de allí que se buscase sabotear dicha conferencia, lo cual a la postre se obtuvo, independientemente que los protagonistas del saboteo hubiesen sido ajenos al sentir nacional, o mejor agentes extranjeros, o bien pudo ser, la ocasión propicia, aprovechada por personajes netamente nacionales, que buscaban sacar partido, e impedir de todas maneras que el candidato presidencial de moda, que según el panorama tenía asegurada la elección. Es así como el 9 de abril de 1948, cae asesinado en las calles de Bogotá el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, produciéndose un desborde de violencia urbana, que se conoce en la historia con el nombre del "BOGOTAZO".

A raíz de este suceso, para ratificar el ancestro violento que estigmatizaba a Colombia, esa inicial violencia urbana se desplaza al campo, aumenta el éxodo campesino. Muchos de estos campesinos desplazados, sin importar color político, huyendo de la violencia se aglutinan y forman "la República Independiente de

Marquetalia”.

La violencia se acentúa, se pone de presente tanto en el campo como en el área urbana, y las denominadas “Repúblicas Independientes”, al paso de los acontecimientos fueron tomando ideología política definida, o como lo expresa el autor:

“El ambiente de terror aplastante como el que hemos descrito en las páginas precedentes, las gentes acosadas por la violencia multiforme necesitaban del mito de la época, el mito guerrillero. En efecto las zonas de guerrilla eran imaginadas o representadas como zonas del dominio de la libertad, independientemente de los conflictos reales, a veces también del terror que pudiera campear en ellas. Una serie de símbolos cobran fuerza: El fusil, el machete, la bandera, el caballo, son dignificados por doquier en panfletos, coplas y en la poesía popular”³.

Como lo expresa el autor, acosados por la violencia, las “Repúblicas Independientes”, como el caso de Marquetalia, que eran sinónimo de libertad, e incluso independencia como su nombre lo indica, acuden a cualquier tipo de arma, fundamentadas en el mito guerrillero, que consideraban pondría a

³ GONZALO SANCHEZ. “guerra y política en la sociedad colombiana”, “El Ágora Editores”, 1ª edición 1991, Pág. 38G.

salvo sus territorios, y es allí donde se encuentra la génesis del término "guerrilla" aplicado al sentir nacional, pero presentándose confusión por cuanto no se determina si esa guerrilla incipiente poseía ideología de tipo marxista-comunista, o bien era la génesis de los grupos de "autodefensa", que se dilucidará en capítulos subsiguientes.

1.4 DE DONDE PROVIENE LA VIOLENCIA.

Complejo es el fenómeno de la violencia, hasta el punto que algún tratadista se ha hecho la misma pregunta, concluyéndose que la violencia es inherente a la misma condición humana, por ello se expresó oportunamente: "La violencia, como todo fenómeno humano, nace de nuestro ser animal. Es en nuestra mente constituida por todo lo que ha influido en ella, genética y ambientalmente desde nuestro nacimiento en donde surge la

decisión de actuar en forma violenta”.⁴

Si se tiene en cuenta el enunciado del autor, se pueden sacar conclusiones, no radicadas únicamente en nuestro historial colombiano, sino enmarcándola en todo el historial de la humanidad.

Hace aproximadamente diez mil años, se puede afirmar que surgió la violencia propiamente dicha, con los matices que la identifican hoy, con la llamada “Revolución Agrícola”, que es tema de los sociólogos, y el ser humano se empezó a matar por la posesión de la tierra, y nos seguimos matando por lo mismo, y día a día con mayor frecuencia y refinándose formas encubiertas, o justificándose en el actuar de cada grupo social. No olvidemos que en el fondo, la violencia surgida del actuar guerrillero se confunde con fines altamente altruistas (políticos, sociales, económicos), de allí el trato preferencial para quienes militan en

⁴ PAUL YUTEN, “una vida por la vida”, Editores ARFO LTDA. 1ª edición, agosto 15 de 1.989, Pág. 91

los grupos subversivos (por su connotación política), para no mencionar las denominadas autodefensas, y tras de todo esto se encuentran los intereses económicos y la ambición de poder de cada grupo que cree tener la razón para imponer su criterio a través de la desmedida violencia.

Y no es temeraria la afirmación, en el sentido que la propiedad y posesión de la tierra, es causa generadora de violencia: los grupos indígenas, de cualquier nación que analicemos se peleaban por su territorio, en nuestro caso específico hasta la llegada de los españoles esgrimiendo como armas la cruz, la espada, los caballos y los arcabuces, y se lo arrebataron por la fuerza que conllevaba la violencia.

Y nosotros, los autóctonos "criollos", con Bolívar al frente arrojamos del territorio a los españoles, también por la fuerza, y fue por la violencia que el territorio de la "Gran Colombia", se fraccionó en cinco naciones.

Actualmente, ya no solo nos matamos por la tierra, si no por el petróleo, el carbón y por la violencia se quiere impedir que la hegemonía extranjera, básicamente "yanki e inglesa", continúen con ese predominio, haciendo mucho más eficiente y rentable el fenómeno violento, lo cual se convierte a la postre en un gran negocio para sus propios intereses, pues son ellos quienes nos suministran a título de venta las armas, sofisticadas u obsoletas que se requieren para reprimir esa violencia, ello se refleja en el último apoyo denominado "Plan Colombia", puesto en marcha por el gobierno de Andrés Pastrana, o sea que a la postre la violencia es rentable para quienes en ella intervienen activamente promoviéndola o bien reprimiéndola.

La violencia nacional, en el caso de Colombia, progresivamente se ha tornado Internacional, negocio mucho mejor Políticamente para el propio gobierno, y mucho mejor todavía para sus promotores, no se puede negar, que el "Plan Colombia" es la

internacionalización y comercialización de la violencia colombiana.

2. SUBVERSIÓN

El término "subversión", en nuestro medio, se asocia de inmediato por criminólogos, politólogos y por el ciudadano común, con movimiento guerrillero o alzados en armas. Y no es equivocada la interpretación, ya que dentro de dicho término debe englobarse todo aquel, que de una u otra manera, ideológica y prácticamente pretenda "subvertir" el orden institucional, llámese guerrillero, autodefensa, paramilitar y similares.

En Título XVIII capítulo único, del actual Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, derogatoria del Decreto 100 de 1980, desarrolla la normatividad y tipicidad de conductas punibles asociadas con los alzados en armas, y prácticamente de su concepción filosófica, parece desprenderse que ello sólo es aplicable al guerrillero con tendencias de izquierda, lo cual es erróneo, ya que un gobierno, en un determinado momento histórico puede ser legítimo para las mayorías, o minorías que detentan el poder, y de allí que la aplicación de la normatividad debe trasladarse subjetivamente a la persona y al momento histórico vivido.

Subversivo, no es únicamente aquel, o aquellos que mediante el uso de la fuerza pretenden derrocar o poner en peligro el orden institucional, tomando como punto de partida una concepción de izquierda, erróneo ello, ya que dicho término puede tener aplicación y sujeto pasivo a otra persona o grupo de personas con ideología diferente, como cuando se trata de cambiar la misma

ideología de izquierda por ideología derechista empleando la misma logística.

2.1 DELITO POLITICO.

El artículo 467 del Código Penal vigente establece como Tipo Penal Básico la Rebelión, aumentada en un año mas la pena mínima que traía el código derogado, por su parte el artículo 468 del mismo estatuto punitivo tipifica la Sedición, cambiando la palabra arresto por prisión que traía el anterior código, el artículo 469 estructura la Asonada, aumentando la pena mínima a un (1) año y cambiando la palabra arresto por prisión. El artículo 471 habla de la Conspiración, y por último el artículo 472 Tipifica el punible de: Seducción, usurpación y retención ilegal de mando, aumentando la pena mínima a un año, desde luego que dentro de la normatividad se presentan circunstancias de agravación punitiva para dichas conductas, tal como ocurre en el artículo 473 de la normatividad cuando se es servidor público.

Las normas anteriores, se refieren exclusivamente a lo que la criminología ha denominado como "Delito Político", que por su carácter tiene un trato más benevolente, y muchas veces tolerante por parte del gobernante, que se traduce a su vez en el procedimiento hasta cierto punto discriminatorio con el sujeto activo distinto a esta categoría.

Los hechos punibles y sus conexos, cometidos por los alzados en armas, por algunos tratadistas se les ha denominado: "Delitos privilegiados", ya que al alzado en armas, o subversivo, o sedicioso, no puede dársele el mismo trato que al delincuente común, por eso se ha expresado:

"Basta breve referencia a la historia procesal del delito político durante las dos últimas décadas para poner en evidencia la situación deplorable en que ha caído, entre nosotros, el rebelde. El tratamiento históricamente privilegiado del delincuente político se ha tornado, en la práctica de los rituales de juzgamiento, en un tratamiento discriminatorio".⁵

⁵ IVAN OROZCO ABAD. "Combatientes, rebeldes y terroristas". Editorial Temis, 1992 Pág. 2

El artículo 467 del Código Penal, al tipificar punible de rebelión, expresa: "Los que mediante empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán..."

De la definición de la conducta se desprende el carácter de delito y delincuente político, pero para comprender mejor el tema, debemos remitirnos a la concepción internacional, para comprender luego, de manera clara el porqué la expresión dada por el tratadista en el sentido que al delincuente político se le da un trato "discriminatorio", desde el punto de vista benigno.

Este delincuente discriminado, y su trato discriminatorio, tiene sus antecedentes históricos en la Legislación Alemana, concretamente dentro del convulsionado marco económico -social y político de la llamada República de Weimar en 1926, época en la cual se encontraban al día los enfrentamientos entre facciones de izquierda y de derecha, en las propias calles de las principales

ciudades Alemanas.

El asesinato, el magnicidio, y aún el pillaje eran asuntos rutinarios, coincidiendo este caos con la reunión del 34o. "Congreso de Juristas Alemanes", en la ciudad de Colonia.

En sus comisiones de trabajo, la comisión segunda fue encargada de presentar una ponencia relativa a la posición del gremio con relación al artículo 71 del proyectado Código Penal. El proyecto en cuestión se orientaba a la consecución del tratamiento discriminatorio y privilegiado de quién en dicha legislación se denominaría "delincuente por convicción", (Uber zeuugun-gstaer), para el cual el jurista Doctor: RADBRUCH, quien era el autor del proyecto, y figura central en los debates, exigía la aplicación de una pena diferente a las que se venían aplicando en el caso de los delincuentes comunes.

La figura individual del delincuente por convicción, como fue

concebida por GUSTAV RADBRUCH a comienzos de siglo, es resultado de una larga historia, que es la historia moderna europea de la evolución-doctrinal y legislativa de las tensiones entre el tratamiento discriminatorio y el tratamiento privilegiado del delincuente político.⁶

Como puede verse: el delincuente político, o delincuente por convicción, trasciende las fronteras de esta parte del mundo, y se erige en figura de nivel trasnacional, haciendo claridad, que desde tiempos remotos esta clase de delincuente se encuentra dentro de la comunidad, pero empieza a dársele el tratamiento discriminatorio de que habla el autor, precisamente a partir de 1926 en la "República de Weimar", (Alemania).

La Escuela Positiva del derecho penal, a la cabeza del Maestro ENRICO FERRI, hace alusión a este tipo de delincuencia y lo define como: "Delitti politicosociali", que no es otro que el "delincuente por convicción" de Radbruch.

⁶ IVAN OROZCO ABAD. Obra citada, Pág.58

2.2 CARÁCTER INTERNACIONAL DEL DELITO POLÍTICO.

Si al delincuente político, se le brinda un tratamiento discriminatorio frente al delincuente común, por lógica deben establecerse parámetros que fijen un límite entre uno y otro actuar delincuenciales, porque no puede olvidarse que ambos infringen el orden normal establecido por el gobierno de turno, pero debido a los principios que le inspiran se le brinda el tratamiento normativo o procesal diferente.

La doctrina, a nivel internacional ha fijado unas características para diferenciar uno y otro actuar, sacando las respectivas conclusiones, haciéndose necesario hacer el análisis correspondiente.

2.2.1 Doctrina Internacional y Delito Político. En síntesis, podemos afirmar, que la doctrina, ha fijado el límite para

distinguir si el hecho corresponde a un actuar de un delincuente por convicción, o a un delincuente común. Doctrina que con muy pocas variantes se sigue por la mayoría de los países que han suscrito el Tratado de Ginebra, básicamente en sus Protocolos II y III, documentos básicos que a su vez fijan límites con respecto a la dignidad humana para combatientes y para personal civil, haciendo énfasis en el tratamiento al delincuente por convicción, que se le equipara a un guerrero, y en caso de ser prisionero adquiere el status de "prisionero de guerra", estas características son:

1. El delincuente por convicción representa un tipo especial de carácter psicológico - criminal, al cual debe adecuarse la política criminal.
2. No es recomendable concebir el tratamiento especial del delincuente por convicción en los términos de considerar sobre todo el carácter no indigno o la respetabilidad de sus motivos, o

cualquier otro criterio que involucre un juicio de valor sobre los motivos mismos.

3. El delincuente por convicción debe caracterizarse, por sus rasgos psicológicos. El tipo penal debe resultar de la presencia de una convicción moral, religiosa o política de tal magnitud que pueda decirse que denomina al actor.

4. El delincuente por convicción debe sufrir una pena privativa de la libertad que por su tipo - no por su magnitud -sea diferente de las que corresponden a los delitos comunes, y en tal sentido, no discriminatoria.

5. Algunos delitos atroces, muy especialmente el asesinato, deben excluirse de este tratamiento privilegiado.⁷

Como puede observarse, es la doctrina alemana la que marca la pauta en relación con el delincuente por convicción, confluyendo

⁷ "Combatientes, Rebeldes y Terroristas", obra Citada, Pág. 62

en sus planteamientos lo relativo al delito, y al delincuente en sí mismo considerado, con pequeñas variantes en la doctrina y legislación en cada país como lo veremos en Colombia.

2.3 DELINCUENTE POR CONVICCIÓN EN COLOMBIA.

El término “delincuente por convicción”, como lo hemos analizado, es denominación extraída de la legislación Alemana, que ha hecho carrera a nivel internacional. Sin embargo, dicha expresión, por razón de las circunstancias que se viven en Colombia, pronto se volverá de uso rutinario, ya que los involucrados dentro del conflicto, lentamente se les ha ubicado dentro de los parámetros del delincuente político sinónimo de delincuente por convicción, de allí que las características se asimilen en un todo a las descritas por la legislación Alemana.

A pesar de ello, la Honorable Corte Suprema de Justicia, a raíz del

conflicto vivido, y que toma auge cada vez más, ha establecido ciertos parámetros para delimitar al “delincuente común”, del “delincuente político”, que seguiremos denominando dentro de nuestro estudio: “delincuente por convicción”. Estos parámetros se resumen de la manera siguiente en providencia que alcanzó resonancia internacional, por el tema que trataba, a saber:

1. “Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado”.
2. “Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político”.
3. Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político.
4. Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales

determinables.

5. Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación sociopolítica.⁸

Como puede apreciarse, tanto en la doctrina internacional, como en jurisprudencia colombiana, confluyen aspectos socio-políticos, que entran en la esfera subjetiva de cada individuo o grupo, que les impulsa a su actuar, por ello el delincuente por convicción tiene que serlo objetiva y subjetivamente, ya que los intereses o derechos jurídicamente tutelados en los hechos en que acontece, es lo político, el buen funcionamiento del gobierno de turno. Además subjetivamente, los móviles que guían o influyen en el delincuente por convicción, tiene que ser consecuentemente, los de pretender un mejoramiento en la dirección de los intereses públicos y que se rige por la ideología que mueve a estas personas.

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Mayo 26 de 1982.

Objetivamente se atenta contra la organización estatal y por ende contra el gobierno, subjetivamente se busca un ideal de "mejoramiento o de cambio".

La figura del delincuente por convicción es una imagen que encarna, como biografía, la permanencia de un proyecto de vida. Para la prueba de la convicción puede servirse el Juez de los múltiples indicios, incluida la permanencia misma-que acompañan una vida dominada por una convicción moral, religiosa o política.

Obsérvese bien, que el tratadista emplea la disyuntiva "o", vale decir: Pueden confluír todos los aspectos citados, "o" puede presentarse uno de ellos aisladamente, pero si hay una permanencia, se desembocará necesariamente en el delincuente por convicción. Consecuentemente, en conclusión, podemos afirmar que pueden presentarse delincuentes por convicción, movidos por aspectos íntimamente morales, o religiosos, o bien

políticos, como sucede en la problemática colombiana.

“El delincuente por convicción”, puede identificarse por características externas, y puede merecer tal calificativo aquel que reconoce y asume públicamente no sólo su actuar, sino también sus consecuencias.

El delincuente por convicción lo hace dentro del término “permanencia”, que lo diferencia de aquél que comete sus actos de manera accidental, o cumpliendo una orden imprevista. En el ámbito colombiano, se parte de la identidad del delincuente por convicción, y debe seguirse el modelo de confrontación estado-individuo, parámetro que se va amplificando a medida que se agudiza la confrontación, y se tiende al desequilibrio estatal, surgiendo primariamente la confrontación.

Los elementos que enuncia nuestra Corte Suprema de Justicia, no hace necesario ahondarlos, pues siempre el delincuente por

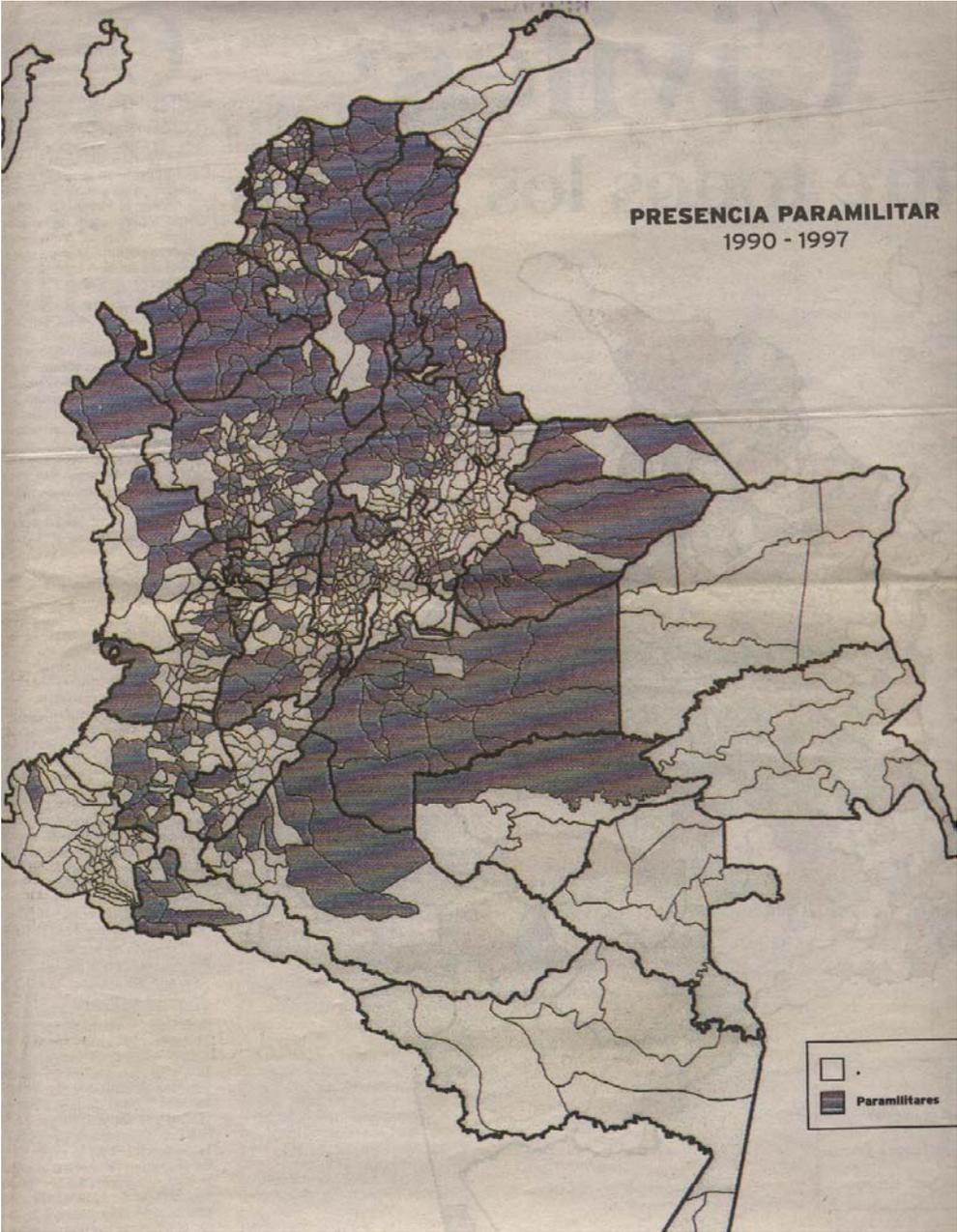
convicción ataca la organización política e institucional del Estado y al gobierno que se encuentre en el mandato, buscando siempre un máximo de trascendencia social e impacto político, de allí que ello degenera en inusitada violencia, buscando esos fines que les darán status político, como ocurre actualmente en Colombia con los movimientos guerrilleros y los grupos de autodefensa.

Se alude así mismo por la Corte a la inspiración en principios filosóficos, políticos y sociales, al menos determinables, y con fines reales, o bien presuntos de reivindicación socio-política.

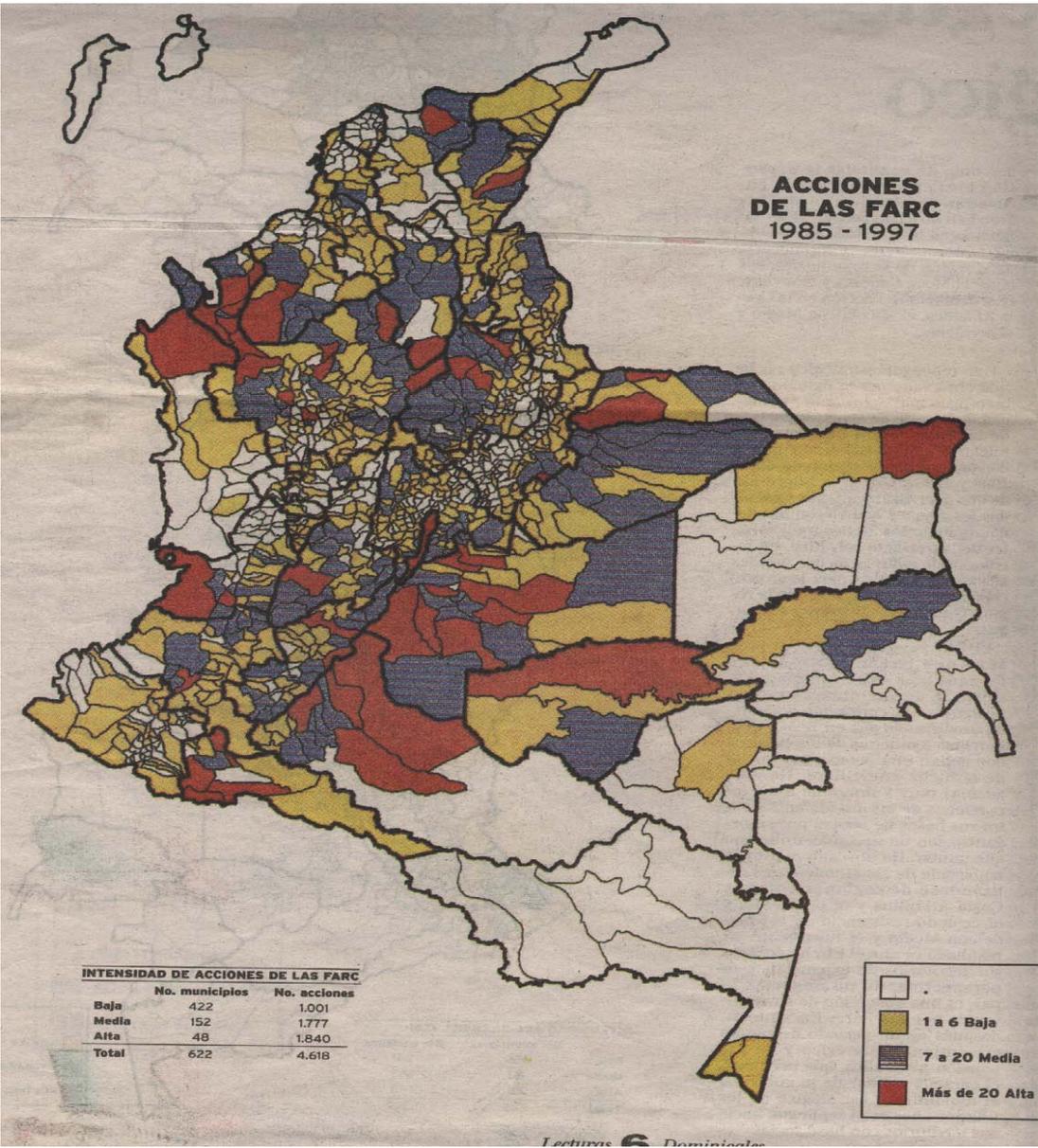
Los últimos elementos enunciados, conllevan a que se determine, o, pruebe la convicción del delincuente.

2.4. PRUEBA DE LA CONVICCIÓN.

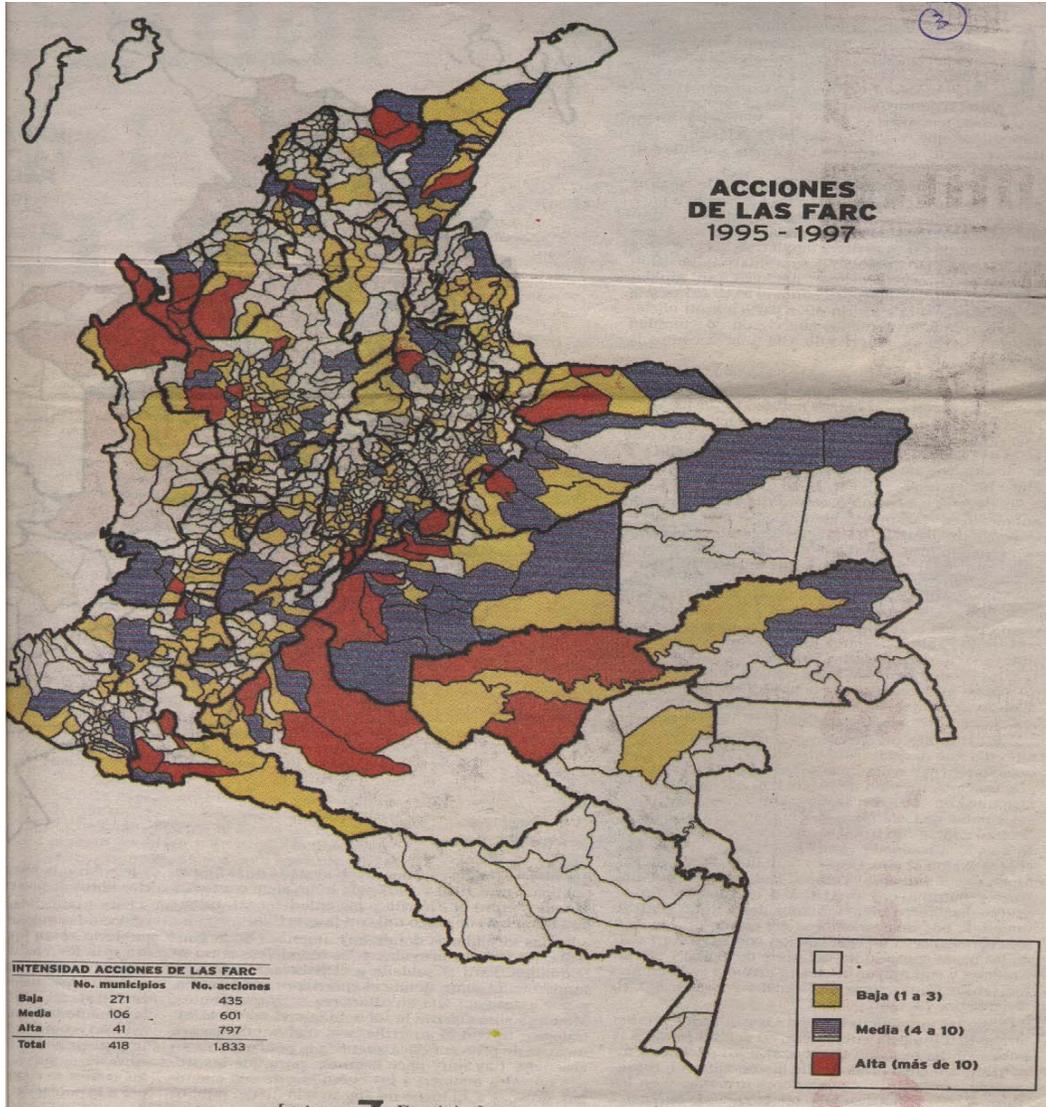
La prueba de la convicción en el delincuente, en nuestro tema, es indudable que trasciende al campo psicológico. Es un aspecto más que todo psicológico que crea desde luego enconadas polémicas, ya que quien hace la valoración, tratase de un ciudadano del común, o tratase de valoración por parte de funcionarios dotados de jurisdicción y competencia, tiene que adentrarse, o escudriñar aspectos cuasi-privados del individuo tales como condición o aptitud moral, aspectos religiosos, políticos e individuales, por eso se dice por el Estado – guerrilla, (o a la inversa), luego surge la confrontación: Estado-paramilitares, Estado-autodefensas, guerrillas- autodefensas, (o a la inversa), de todos modos, mírese la confrontación desde cualquier ángulo que se le mire, siempre estará de por medio la estabilización del gobierno o la organización institucional, porque es innegable que la confrontación de grupos ideológicamente antagonistas, ejemplo: Guerrilla-autodefensas o paramilitares, de esa confrontación sale lesionada la organización estatal.



**FIGURA 1.
PRESENCIA PARAMILITAR
1990 - 1997**



**FIGURA 2.
ACCION DE LA FARC
1985 - 1997**



**FIGURA 3.
ACCION DE LA FARC
1995 - 1997**

Se desprende del anterior análisis, que en Colombia existe el delincuente político, o delincuente por convicción, con diferentes tendencias o identidades, y con puntos de vista o parámetros que difieren esencialmente en cuanto a ideología y orientación filosófica, que no es necesario ahondar en nuestro estudio. Bástenos decir, que en estos momentos, para arribar a la mesa de conversaciones, o negociaciones, primero debió reconocerse internacionalmente el status político del movimiento que a esa mesa se sentó como son las FARC, (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), y hacia ese status tienden movimientos afines de tipo guerrillero como lo son el ELN (Ejército de Liberación Nacional), el EPL (Ejército Popular de Liberación), y se está muy avanzado en cuanto a las AUC (Auto-defensas Unidas de Colombia), y se espera que dentro de un término de tiempo prudencial, todos ocupen silla en la mesa de conversaciones, y de

allí nuestro planteamiento, porque en aras de la paz, esa multiplicidad de confrontados, al dárseles carácter político, se sentarán en la mesa de conversaciones, convirtiéndose en verdaderos "delincuentes por convicción".vale decir, que entra a la esfera del estado u organización estatal, y atenta contra

La pluralidad y diversidad de los grupos subversivos, o insurgentes que operan dentro de la geografía colombiana, no es difícil hacer una tipología mas o menos general en cuanto a grupos guerrilleros propiamente dichos, entre los que se destacan: Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), grupos dispersos y con frentes relativamente autónomos en diversas regiones del país, y dependiendo del tipo y grado de arraigo social, presentan un perfil de combatientes que toma carácter militar organizado, independiente desde luego de la concepción militar - estatal.

Paralelos a los anteriormente enunciados, y que son los principales, por ello los tratamos en nuestro estudio, han surgido otros movimientos, unos ya desaparecidos del terreno combatiente, como el caso del M-19, que abandonó la lucha armada para convertirse en grupo político, y otros como en "Quintín Lame", que tienen un actuar típicamente guerrillero, desde luego reconocidos al menos en teoría como delincuentes políticos, (o por convicción), pero que a la postre en cuanto a su ideología y orientación filosófica no hay suficiente claridad, al menos para el observador desprevenido, pues se trata simplemente de un movimiento indigenista del sur de Colombia, con asentamiento concretamente en lo que es todo el Departamento del Cauca, con proyecciones al Departamento de Nariño, que al final viene a ser un grupo de "Autodefensa-armada", ya que defienden su etnia de carácter regional pero careciendo de un proyecto político global, de todos modos enfrentados a la organización estatal.

La negociación de paz iniciada por el gobierno Pastrana fue una oportunidad excepcionalmente favorable para las FARC y el ELN. Después de 35 años de lucha, las FARC han demostrado que tienen la capacidad militar para bloquear las perspectivas de desarrollo futuro del país y para escalar una guerra civil irregular, pero el costo humanitario contra la población impuesto por las autodefensas tiende a eliminarles el apoyo político sin el cual es imposible la legitimación del avance militar.

Las FARC nunca habían tenido tanta acumulación de éxitos militares para ser traducidas en ventajas políticas en la mesa de negociación, y al mismo tiempo nunca había sido tan escaso el apoyo popular a su lucha.

Toda negociación de paz resulta de hacer un balance entre lo que se ha conseguido en el pasado y lo que puede esperarse del futuro, y en este caso la previsión señala un fortalecimiento de la eficacia militar del Estado, con apoyo tecnológico del extranjero.

Todo lo anterior sugiere a la guerrilla que una negociación es oportuna, pero que si se deja pasar tiene un riesgo altísimo de que la situación se invierta, con desgaste de la capacidad militar y dificultades para llegar a acuerdos en la negociación.⁹

A partir del siete de agosto asumió la Presidencia de la República el Doctor ALVARO URIBE VELEZ, quien a pesar de dar un trato enérgico a los grupos armados al margen de la ley, muestra disposición para entablar el diálogo, pero bajo ciertos parámetros como el cese al fuego y hostilidades, al terrorismo y al secuestro entre otros en aras de conseguir la tan anhelada paz para los colombianos.

⁹ "Lecturas Dominicales". Diario El Tiempo, 17 de octubre de 1999

3. AUTODEFENSAS-PARAMILITARES

3.1 ANTECEDENTES DE LAS AUTODEFENSAS Y EL PARAMILITARISMO.

Autodefensas y Paramilitarismo, son dos fenómenos sociales que dentro de nuestro estudio, y partiendo de su génesis, deben ser

analizados inicialmente y de manera conjunta.

Con el auge inusitado de la violencia guerrillera, que no muestra consideración alguna en su actuar frente a la población, e inclusive frente a su antagonista armado, (los órganos militares estatales), se lanza inicialmente en Colombia la propuesta de crear "milicias nacionales", pero desde su presentación surgen dos grandes inconvenientes que prácticamente abortan su surgimiento, ya que por un lado, las pretendidas milicias no son viables a la luz de la Constitución Nacional, y de otro lado, puede terminarse estimulando una actitud no propicia para la paz, y sí para la guerra.

En el terreno práctico, quienes más defienden las pretendidas Milicias Nacionales es la Federación Nacional de Ganaderos de Colombia (FEDEGAN), ya que al verse afectados notablemente por la guerrilla, han pretendido la legalización de este nuevo núcleo de enfrentamiento.

En síntesis, se trata de justificar dicha organización, entregando armas a los civiles, para que, por cuenta propia, asuman la defensa de sus propios intereses, lo que de por sí sería un degeneramiento del Monopolio de las armas radicado en los entes estatales, con la consiguiente pérdida de credibilidad en los mismos y especialmente en su fuerza pública.

Se presenta contraposición de carácter ideológico-práctico, al legalizar las pretendidas "Milicias Nacionales", ya que todos los residentes en el territorio nacional, nacionales y extranjeros, consideramos que es urgente y necesario que todas esas personas nos propongamos a desarmar la palabra, a fin de que con ella, que es la fuente primordial de nuestra comunicación, no estimulemos unos resentimientos y odios de los que ya infortunadamente tenemos, ya por antonomasia, o bien surgidos por la problemática actual.

Partimos entonces de la premisa; de que si es necesario desarmar el espíritu nacional con fundamento en la palabra, tendiente ello a la tan anhelada paz, que presupone necesariamente un cese al fuego por parte de todos los sectores armados.

Si se legaliza y da vía libre a las "Milicias Nacionales", entonces es el mismo gobierno nacional que en la práctica esta incentivando el enfrentamiento y la violencia, ya que si se va a repeler la violencia ejercida por la guerrilla contra los ganaderos, entonces esa violencia genera más violencia, al ser combatida con violencia, pues es de suponer, que al entregársele las armas a los civiles, estos no asumirían una actitud pasiva o de defensa, sino que entrarían directamente a pretender el exterminio de su antagonista, y se entraría en el círculo vicioso de la violencia.

Este es, el punto de partida que tomaremos dentro de nuestro estudio para analizar inicialmente las denominadas "autodefensas".

3.2 AUTODEFENSAS.

Se ha dicho con sobrada razón: "El terror crea más violencia y un ciclo de lucha armada", y esta máxima se cumple cabalmente.

A raíz del enfrentamiento Estado-guerrilla, surge un grupo que se identifica con las siglas AUC, vale decir: "Autodefensas Unidas de Colombia".

El objetivo de este grupo, que viene a ser un degeneramiento ilegal de las abortadas "Milicias Nacionales", cuyo objetivo y estrategia inicial es uno solo: "aterrorizar a la población con decapitaciones, masacres, desmembramientos, y otras torturas, a menudo en la presencia obligada de otros, para que a nadie se le ocurra apoyar a la guerrilla.

Obsérvese bien, que en nuestro planteamiento inicial, cuando se analiza el fenómeno "autodefensas-paramilitarismo" de manera conjunta, coincide en un todo el articulista, ya que plantea la estrategia de las AUC, y más adelante, entre paréntesis, cita la cifra escalofriante de muertes atribuidas a los Paramilitares en el año 2000, en el territorio de Colombia, lo que significa que Autodefensas y Paramilitarismo, en el fondo ideológico y de actuar son la misma organización, pero con diferentes nombres, o sea que se encuentran íntimamente ligados.

3.3 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LAS AUTODEFENSAS.

Los movimientos de Autodefensa, independientemente del fenómeno social surgido en la región del Sumapaz, que fue analizado en el Capítulo sobre la violencia en Colombia, podemos concretarlos, en la Ley 48 de 1968, y afirmamos lo anterior, ya que inicialmente, a partir de la promulgación de dicha ley, se le

dio un carácter legal a dichos grupos, la que en su artículo primero (1º) permitía que los grupos civiles se organizaran y armaran para su propia defensa, bajo la supervisión del ejército nacional, en aquellas regiones donde la presencia de la fuerza pública era muy débil, esporádica o nula. Dicho movimiento, u organización tuvo formación real y fueron objeto de preocupación nacional, y parecía que cumplían su objetivo dentro del marco de la ley.

Ya vimos como en la década del 60, y más concretamente en sus inicios, se presentaba incipiente organización de movimientos de Autodefensa, con cierta organización e ideología, y fue así como los desplazados por la violencia, de otras regiones del país, al asentarse en territorios como el Sumapaz, Marquetalia, El Pato etc. Se autoproclamaron, defensores de la región, por ende defensores del campesinado, y vimos también como esos incipientes movimientos de autodefensa, posteriormente sería punto de partida para movimientos guerrilleros, que cambiaron su

ideología, entre los que vale destacar las FARC, con nacimiento precisamente en Marquetalia, territorio independiente, ocupado inicialmente por campesinos desplazados, a cuya cabeza estaba Manuel Marulanda Vélez, a quien la historia conocerá como Tirofijo, líder indiscutible de las FARC.

Y volvemos a repetir, se presenta una confusión entre lo que inicialmente fueron las Autodefensas y el Paramilitarismo, hasta el punto que muchos autores y articulistas no ven en ambos fenómenos sociales diferencia alguna.

Posteriormente, en Colombia surgió un nuevo fenómeno social, que a la postre se convirtió en terrorismo y lo fue el narcotráfico, quienes inicialmente fueron presionados por secuestros, extorsiones y pugnas provenientes de desavenencias con la guerrilla, ya que tenían negociaciones conjuntas que involucraban las drogas. Como producto de esas desavenencias guerrilla-narcotráfico, las autodefensas toman partido, y en sus zonas de

influencia surgen pequeños ejércitos privados al servicio de ambos (autodefensas-narcotráfico), pues para ambos bandos era una mutación más barata y fácil, consolidándose la justicia privada, creada en 1.981, con manto de ilegalidad a raíz del secuestro por la guerrilla de Martha Nieves Ochoa, hija del jefe del clan de las drogas, y aparece el MAS "Muerte a Secuestradores", que no era mas que una alianza entre autodefensas- narcotráfico.

Fueron estos grupos de narco-defensas, o narco-paramilitares, algunos nuevos, otros clandestinos, y otros con fundamento en antiguas autodefensas, los responsables de buena parte de los asesinatos de los miembros de la "Unión Patriótica", y de las horribles masacres de los años 1988 y 1989, poniéndose de presente que el objetivo inmediato para entonces de las autodefensas y paramilitares era impedir la toma de posiciones políticas dentro del ámbito nacional, por parte de la guerrilla a través de su naciente partido "La Unión Patriótica", que tomaba auge desmesurado con su candidato presidencial, y de ahí la

justificante para eliminar a Bernardo Jaramillo, y todos los guerrilleros y líderes de izquierda que con sus ideas congraciaban.

Asesinatos y masacres que terminaron por generar suficiente presión para que a finales de 1.989 la Corte Suprema de Justicia declarara abiertamente ilegal todos los movimientos de Autodefensas independiente de su naturaleza, con base en la consabida premisa de que solo al Estado en cabeza de sus fuerzas armadas, le corresponde "El monopolio de la fuerza", y el "Monopolio de las armas".

A partir de entonces se acabaron las autodefensas y apareció el fenómeno "paramilitar", sinónimo de autodefensa, expresión que agrupa hoy a todos los grupos armados irregulares que, al margen del estado, de manera paralela a este y en la ilegalidad, se proclaman defensores de un orden político, social y económico amenazado y enemigos acérrimos de la guerrilla, actuando contra ella usando sus mismos métodos y medios criminales, sin

discriminación alguna.

Su crecimiento y auge, desde entonces ha sido espectacular. El grueso de su aumento, sin embargo se ha dado desde 1997, año en el cual, en la práctica y a través del establecimiento de un conjunto de requisitos imposibles de cumplir para su conformación, desaparecieron las denominadas CONVIVIR, que eran organizaciones especiales de seguridad y vigilancia privada que permitían que las personas “proveyeran su propia seguridad en áreas de alto riesgo y violencia”, implementadas en la geografía antioqueña bajo la gobernación del Dr. Álvaro Uribe Vélez; hoy Presidente de los colombianos.

Pretender afirmar, que con el surgimiento del fenómeno “paramilitar” se extinguieron las “autodefensas”, sería ilógico e iría contra toda evidencia, pues debe partirse de la base que son fenómenos sociales surgidos de las condiciones especiales de orden público por las que atraviesa nuestro atribulado país, y que

ni uno ni otro han desaparecido, sino que se complementan y nutren ideológica y logísticamente.

El tratadista Bernardo Gutiérrez, a raíz de las diferentes facciones armadas y enfrentadas que tienen su actuar dentro del territorio colombiano, concluye que nuestro país es un país armado, o mejor, militarizado al extremo, ya que cada grupo tiene su propia ideología, su propio objetivo y sus propias armas, y propone desmilitarizar a Colombia, por eso ha expresado:

“La nuestra es una sociedad militarizada por todos: Por el Estado, por la guerrilla, por las Fuerzas Militares, por el narcotráfico y hasta por el hombre que va a salir a la calle y mira cauteloso a ver si hay alguien sospechoso; nuestra democracia se ha restringido casi hasta desaparecer la vida civil, como declaraba en cierta ocasión un comandante de la guerrilla “. ¹⁰

Ese auge armado, o de militarización de que nos habla el autor, no puede en ningún momento confundirse con “paramilitarismo”, ya que son hechos, y vocablo aplicable directamente a la

¹⁰ BERNARDO GUTIERREZ. “Hay que desmilitarizar a Colombia”. Folleto Hoy por Hoy, N°. 241, agosto 21, 1990.

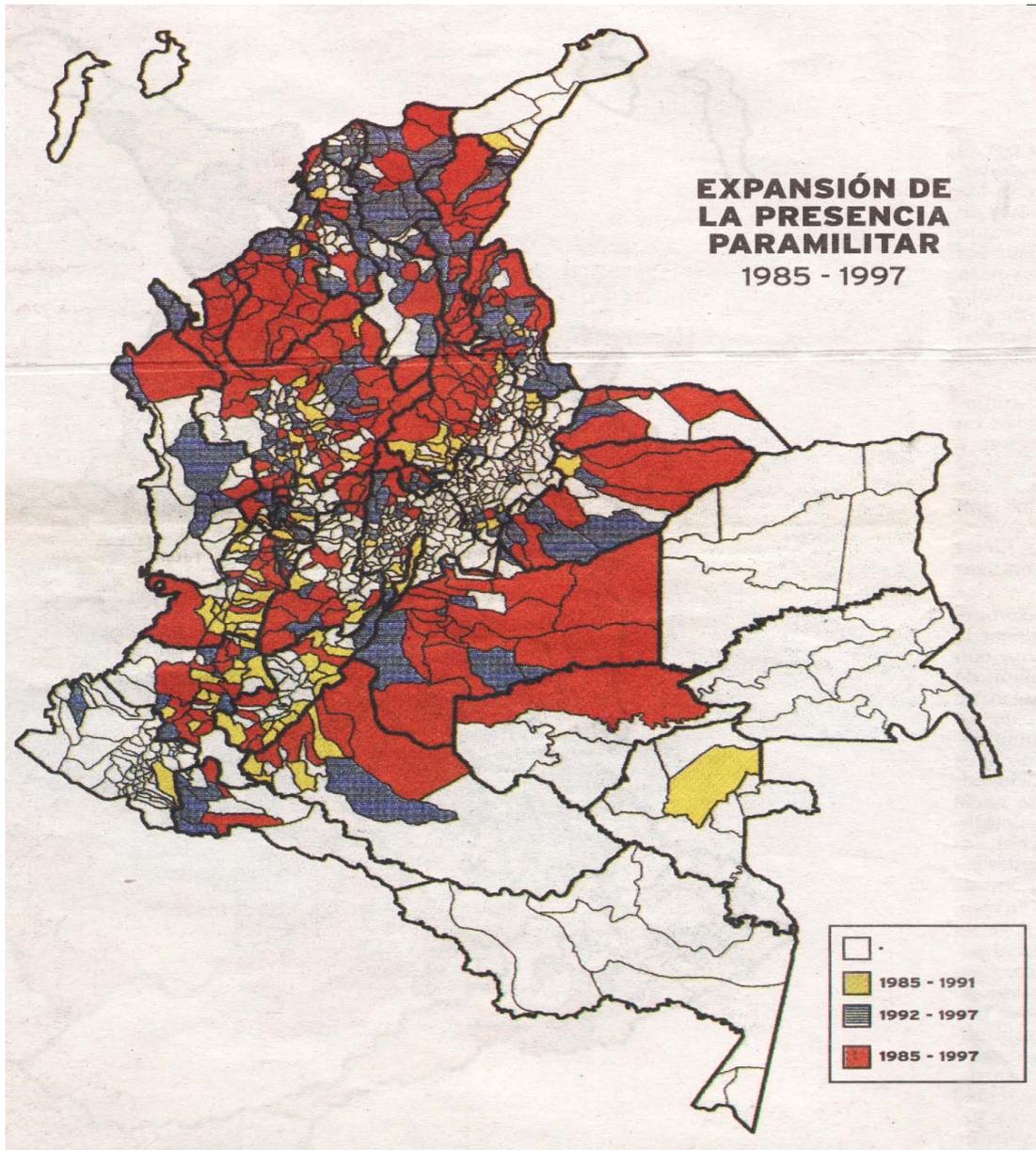
organización en sí mismo considerada, como dijimos: con su ideología, su forma de actuar, su logística, en fin: una organización propiamente dicha, con una disciplina, tendiente a unos objetivos: Eliminación de la guerrilla, y defensa de los sectores afectados por esta.

3.4 PARAMILITARISMO.

En nuestro estudio, conjuntamente hacemos el análisis: Autodefensas-paramilitarismo, ya que como suficientemente lo hemos analizado, el paramilitarismo no es mas que el surgimiento de un grupo de militares, que asesoran logísticamente, y realmente en el terreno de la confrontación a las desgastadas autodefensas declaradas ilegales por el gobierno nacional, como lo vimos. En conclusión: Paramilitarismo significa: Alianza entre autodefensas y organismos militares de carácter oficial.

Las autodefensas son declaradas ilegales por el Estado. Los militares por su parte, pierden terreno frente a la confrontación armada con la guerrilla, y de allí surge la planteada alianza, que no es mero enunciado dentro de nuestro estudio, ya que la ciudadanía colombiana en general lo sabe, y lo ha verificado la misma prensa internacional y organismos de derechos humanos al mismo nivel, por eso uno de los articulistas, al respecto expresa:

“COMBATIR A PARAMILITARES”. Los informes del Departamento de Estado de EU, de Human Rights Watch y de la oficina de la alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos le exigen al Estado, como prioridad, que combata a los Paramilitares, que en 1999 cometieron la mayoría de violaciones a los Derechos Humanos. Asesinaron a 902 civiles en 155 masacres, según la Defensoría del Pueblo.



**FIGURA 4.
EXPANSION DE LA PRESENCIA PARAMILITAR
1985 - 1997**

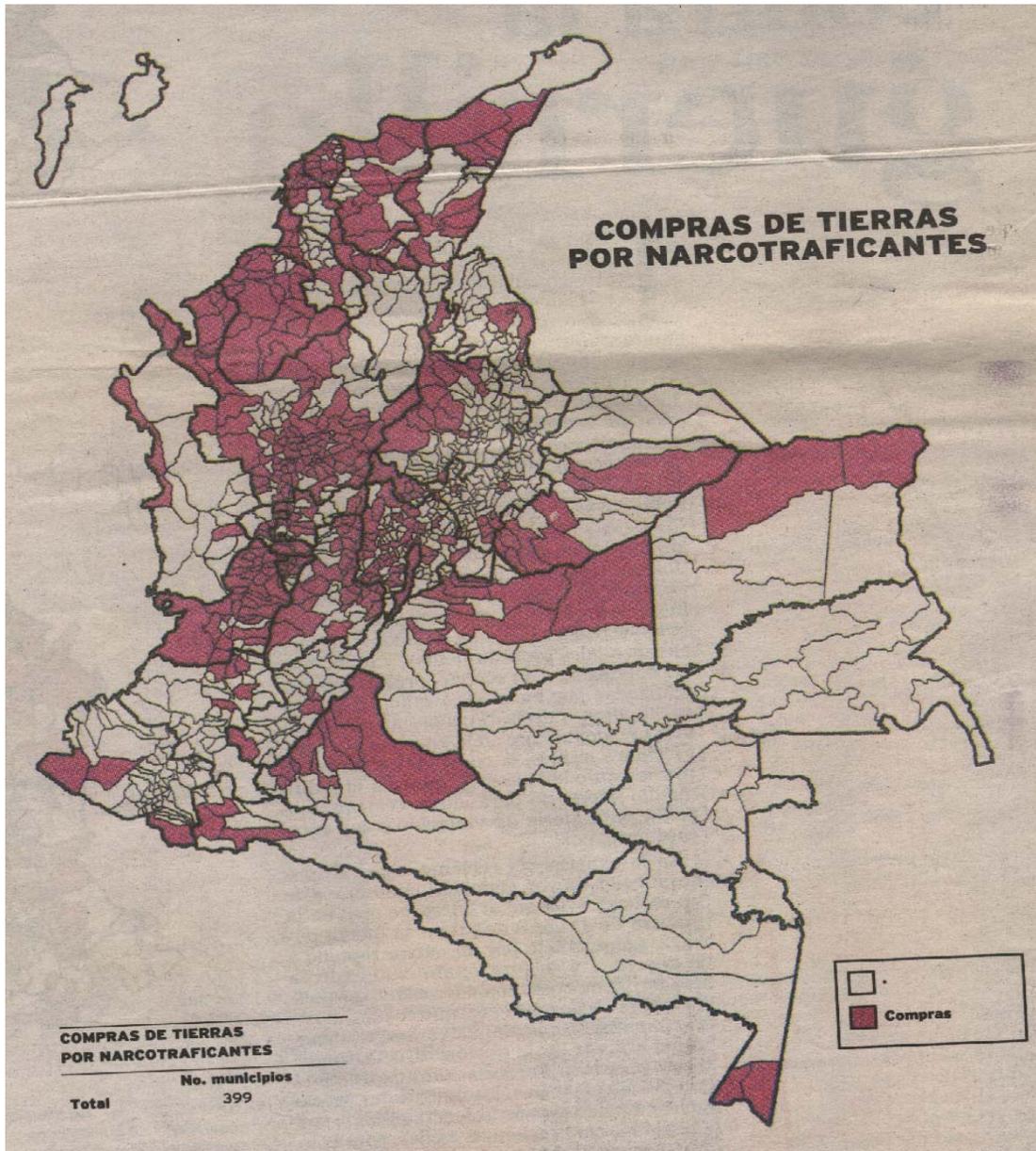


FIGURA 5. COMPRAS DE TIERRAS POR NARCOTRAFICANTES

En el último año, de 13.000 hombres que dicen tener las autodefensas, se capturaron 341 paramilitares y actualmente se adelantan 171 investigaciones por masacres de estos grupos, según datos de la fiscalía. En la política de Derechos Humanos, lanzada por el presidente Pastrana 12 de Agosto de 1998, el gobierno se comprometió a crear un centro de coordinación de lucha contra los grupos de autodefensa, su creación sola volvió a mencionarse hace un mes, al día siguiente de que Human Rights Watch denunciara vínculos entre altos oficiales del ejército y los paramilitares.¹¹

El articulista en cita, es concreto y pone de presente, que en primer lugar no es desconocido para el Departamento de Estado de los Estados Unidos, ni para la Organización de las Naciones

¹¹ DIANA LOZADA. "Colombia, rajada ante la ONU". Diario El Tiempo, edición marzo 19 de 2002, Pág. 6A

Unidas, ni mucho menos para su delegado sobre derechos humanos que existan autodefensas dentro del territorio colombiano, y tampoco es desconocido para tales instituciones el vínculo efectivo Autodefensas-Paramilitares, denunciando hechos concretos y con cifras de las violaciones por ellos cometidos, y que dejan al margen los Derechos Humanos.

El mismo periodista, entra en la confusión común, que hemos planteado: pues asimila autodefensas y paramilitares, dándonos razón con respecto a los argumentos de nuestro estudio, y despejando cualquier duda que emanase de nuestro estudio, con respecto a confusión de terminología.

3.5 MILITARES – AUTODEFENSAS (NEXOS).

El nexo que vincula a militares activos, incluyendo a retirados de la Fuerzas Armadas, con las autodefensas, no ofrece duda alguna.

En la transcripción anterior, vimos cómo el periodista en cita afirma que Human Rigths Watch delegado del Departamento de Estado de Estados Unidos, denunció de manera concreta dicho vínculo, y aludió a oficiales en servicio activo con nombres concretos, y por ello el mismo periodista en la misma publicación agregaba:

“SANCIONAR VINCULOS ENTRE MILITARES Y AUTODEFENSAS”. Los tres informes (al Departamento de Estado, al de la oficina del Alto Comisionado de la ONU para Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo), denuncian la persistencia de vínculos directos entre miembros de la Fuerza Pública y los grupos paramilitares. Citan con ejemplos, las actividades de la desmontada Brigada XX de Inteligencia del ejército y la masacre del 29 de Mayo de 1999, en Tibú, Norte de Santander, por la que fue llamado a calificar servicios el General Alberto Bravo Silva. La ONU, en concreto le pide al gobierno que desvincule a los funcionarios del Estado comprometidos en estas violaciones. El congreso aprobó un proyecto en el que le da facultades extraordinarias al presidente, para que introduzca reformas en el régimen de las Fuerzas Militares. La Fiscalía ha sindicado a 139 militares, de los cuales 33 están detenidos. En año y medio, 44 militares involucrados en casos de corrupción y/o violación de Derechos Humanos se han fugado de los cuarteles militares sin que el gobierno tome medidas al respecto, denuncia la fiscalía”.¹²

3.5.1 Rebelión. Tema de discusión, actualmente en Colombia, lo es el status que debe dársele a las autodefensas. Se

¹² DIANA LOZADA. Diario El Tiempo, artículo ya citado.

considera que las autodefensas, son un fenómeno social que como antagonista de enfrentamiento tiene a los grupos guerrilleros. Lo mismo puede predicarse en relación guerrilla-paramilitares.

Entra entonces el análisis referente a sí esas autodefensas, y esos grupos militares o paramilitares pueden tomar el status de "rebeldes". Consideramos dentro de nuestro estudio viable dicho calificativo. El actuar de estos grupos, si hacemos un análisis pertinente nos da la razón, sencillamente porque inicialmente la guerrilla enfrenta las fuerzas legítimas del estado. Luego, movidos por las circunstancias enfrentan las autodefensas y paramilitares.

Si analizamos el actuar de las autodefensas, llegamos a la misma conclusión, pero a la inversa: inicialmente las autodefensas enfrentan y tienen por objetivo la guerrilla, y los mismos paramilitares hacen lo mismo. Pero en la crisis del enfrentamiento se ven en la necesidad de enfrentar las fuerzas legítimas del

gobierno, o sea que emplean las armas en contra de este, independientemente de la motivación que para ello tengan.

El artículo 467 del Código Penal Colombiano, textualmente tipifica el punible de rebelión, de la siguiente manera: "Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente incurrirán..."

En este tipo penal, se ha reelaborado utilizándose como verbo rector el "derrocar", al gobierno, "suprimir", o "modificar", el régimen constitucional. Desde luego que la conducta descrita y sus verbos rectores deben ser cualificados por una condicionante que lo es: El empleo de las armas", y se pretendió dar origen a una previsión penal apta para la lucha eficaz contra la subversión, que opera en casi todos los países del mundo a través de las más diversas e insólitas modalidades, con mas crudeza en la República de Colombia donde se presenta trasgresión al Derecho

Internacional Humanitario, y que se entra a los límites del terrorismo.

Según la doctrina:

“La rebelión es levantamiento violento, alzamiento armado, sublevación o, si se quiere, insurrección. La rebelión, más precisamente, es delito de naturaleza política, civil o militar, cometido, obviamente, de manera colectiva, por quienes se alzan en armas contra un régimen legítimo (o de hecho), con la finalidad de deponerlo, de suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. En otras palabras, la rebelión busca sustituir un régimen establecido (de hecho o de derecho) por el sistema o régimen surgido de la rebelión triunfante.”¹³

Vemos que el autor, hace alusión a la naturaleza política del delito de “Subversión”, igualmente alude al aspecto pluralista, al emplear el término de “manera colectiva”, y hace también referencia a los aspectos civiles o militares, que de específica manera involucra el enfrentamiento y los conceptos: Autodefensas paramilitares, en relación con el orden vigente constitucional y de gobierno.

Se entra a cuestionar, si las autodefensas y los paramilitares,

¹³ Código penal colombiano. Editorial Leyer, 16ª edición, Pág. 65.

tienen el status de "rebelde", o "combatiente", y analizando la cita del autor que antecede, debemos necesariamente concluir, que tienen actualmente esta calidad, analicémoslo.

Con respecto a la naturaleza de los delitos que se cometen por estos Grupos, se desprende que son eminentemente políticos, discrepan del actuar y orientación filosófica de las guerrillas, por tanto, si la guerrilla y sus integrantes se les considera delincuentes por convicción, entonces quienes se oponen ideológicamente, y por armas a ese pensamiento, necesariamente se están oponiendo a planteamientos políticos, y su actuar es político por naturaleza.

La rebelión, puede tener carácter civil o militar. Si analizamos este aspecto, vemos entonces que no solo son rebeldes o subversivos los guerrilleros, sino que dicha calidad debe atribuirse, a los civiles y/o militares, que al margen de la ley y del orden vigente les combaten. Aspectos que se conjugan en las autodefensas y en los paramilitares.

Dichas actuaciones, que concluyen en el delito, deben cometerse en forma colectiva, y ejerciendo la fuerza de las armas. Si analizamos este aspecto, debemos concluir, que, un paramilitar, o un miembro de las autodefensas, si actúa aisladamente, lo hace es cumpliendo parámetros fijados por su grupo u organización, o sea que el aspecto colectivo permanece vigente. Desde otro punto de vista, generalizado es el actuar de este tipo de organizaciones o grupos al margen de la ley, al cometer sus hechos en forma colectiva, y ello en parte explica en por que se desborda ese actuar, y se entra a la barbarie, avasallando toda la legislación internacional que reglamenta al combatiente, atropellando en toda su extensión el Derecho Internacional Humanitario; o sea que el aspecto "colectivo" prevalece.

El gobierno vigente en el poder, hará prevalecer el régimen constitucional existente, al presentarse el enfrentamiento: Guerrilla-paramilitares-autodefensas, la organización estatal de

derecho o de hecho, al detentar la fuerza legítima de las armas, no va a permanecer expectante. Antes por el contrario: Interviene en el conflicto, y se termina en un enfrentamiento en donde se involucra al orden institucional. No podrá entonces decirse que estas organizaciones, en el fondo, al enfrentar el gobierno, directa o indirectamente, pretenden no solo derrocar ese orden vigente, sino también transformarlo o modificarlo. Por eso intervienen en el conflicto armado: Precisamente por discrepar o no estar de acuerdo con el actuar oficial, de ahí que todos los involucrados en el conflicto (excepción del Estado), deban recibir el calificativo de subversivo y/o combatientes.

Más adelante, en este estudio, al hacer las conclusiones y recomendaciones, nos referiremos a este aspecto. Anunciando de una vez, que a nuestro criterio, es erróneo el planteamiento actual del Gobierno, que pretende desconocer el aspecto político que conllevan los grupos de autodefensa y los paramilitares. De allí, que debemos concluir, que más tarde que temprano, ellos serán

llamados al diálogo y a compartir la mesa de conversaciones, donde se concluye que son todos subversivos y combatientes.

3.5.1.1 Elementos del Punible de Rebelión. Debemos remitirnos nuevamente al contexto del artículo 467 del código penal colombiano, que tipifica la conducta, que ya fue analizado suficientemente al referirnos al aspecto: "delito político".

Según Jurisprudencia emanada de la honorable Corte Suprema de Justicia, para hablar de punible de "rebelión", deben confluir elementos perfectamente definibles, los cuales enumeramos:

- a) Haber participado en el alzamiento en armas.
- b) Que este alzamiento tenga en miras finalidades fundamentales en cuanto al régimen interno del Estado, como sería derrocar el gobierno legítimamente constituido o modificar el régimen institucional en lo relativo a la formación, funcionamiento o

renovación de los poderes públicos.

“Estos requisitos son indispensables para que se configure la infracción y por su ausencia el delito no existe o degenera en otro distinto. El hecho de que el agente activo haya tenido el papel de promotor y director del alzamiento o tome parte en él como empleado con mando o jurisdicción militar, política o judicial, o actúe en ese alzamiento sin tener ninguna de las categorías anotadas, no constituye elemento esencial del delito; la determinación del puesto que se haya ocupado en el movimiento subversivo, solo sirve para fijar la situación jurídica del procesado en lo relacionado con la sanción penal que le corresponda, de acuerdo con las normas de la ley penal. Lo que quiere decir que cualquiera que haya sido el puesto que se hubiere desempeñado en el alzamiento, se deben reunir, para que se pueda responsabilizar por dichos delitos, los requisitos que lo integran”.¹⁴

La Jurisprudencia nacional es aún mas clara, y se ha expresado;

¹⁴ Casación Corte Suprema de Justicia, julio 11 de 1952, LXXII, 672

con respecto a las modalidades que puede asumir la Rebelión:

“.....que el alzamiento en armas se encamine a “derrocar al gobierno nacional, legalmente constituido; o a “cambiar o suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional existente”. Es decir, que el delito se perfecciona cuando la acción en armas de los rebeldes se dirija a cualquiera de esas dos finalidades”. En una palabra, no se necesita para la consumación del ilícito que los agentes procedan con doble finalidad: derrocar al gobierno nacional y cambiar el régimen constitucional existente”.¹⁵

Se retorna dentro de nuestro estudio, de acuerdo a la jurisprudencia, si a las autodefensas y los paramilitares pueden dárseles el calificativo de “rebeldes” y por ende estar incurso en punible de “rebelión”. Consideramos que sí, por cuanto ejercen la fuerza de las armas, si no para derrocar el Gobierno Nacional, propósito que hasta el momento no ha tenido pronunciamiento por parte de sus voceros, sí tratan de cambiar el régimen constitucional existente, pues se contraponen de acuerdo a sus ideales, a los parámetros señalados por el gobierno nacional, parámetros y derroteros señalados en la carta política.

¹⁵ Casación Corte Suprema de Justicia, noviembre 28 de 1952, LXXIII, 814

Como no afirmar, que estas agrupaciones pretenden cambiar el régimen constitucional existente, reafirmando lo planteado en capítulos anteriores, en el sentido que para lograr plena paz en Colombia se hace necesario llamar, invitar, o aceptar en la mesa de negociaciones a todos los involucrados en el conflicto armado, denomínense como se denominen, pues todos, de una u otra manera, independientemente de sus fines que son antagónicos, pretenden cambiar el régimen, y por ello, en el presente estudio, todos toman el status de "delincuentes por convicción", y por ende merecen el calificativo de "rebeldes".

Al momento de la elaboración de la presente monografía, el gobierno nacional, con su señor presidente Doctor Andrés Pastrana a la cabeza, desde la República de Noruega, ha anunciado a la comunidad internacional, que los paramilitares no tienen status político, y que simplemente son terroristas a los cuales el gobierno nacional combatirá como tales, y que no tendrán acceso a los diálogos de paz.

El anterior planteamiento, y de acuerdo a los análisis hechos en este estudio, es absurdo y controvierte la realidad, pues como lo vimos tienen carácter de rebeldes, por ende son delincuentes por convicción, tienen su ideal político, tienen sus territorios donde implantan su hegemonía, y poseen la fuerza de las armas. A lo anterior debemos agregar, que tienen fines específicos, básicamente al contraponerse a las políticas del gobierno nacional, lo que revierte en búsqueda de cambiar las estructuras constitucionales, por ende son delincuentes políticos. El tiempo nos dará la razón, cuando sean convocados a la mesa de conversaciones o diálogos de paz.

3.6 DELINCUENTE POR CONVICCIÓN Y SUS BENEFICIOS.

Al hacerse distinción entre delincuente común y delincuente por

convicción, la consecuencia lógica es que al incurrir en sus actos y hechos punibles, no van a responder de la misma manera ante el orden jurisdiccional respectivo, sino que se hace diferenciación según la época, y según quienes detenten el poder o legitimidad.

A la República de Colombia, como lo vimos en capítulo antecedente, la caracteriza la violencia, con las consecuencias de orden público que se deben afrontar, al surgir los grupos armados rebeldes llámense como se llamen.

A través de ese devenir político, lentamente se resquebraja el orden público, y según el gobierno de turno, se le da a los rebeldes tratamiento diferente. Es así, como algunos gobiernos, se muestran completamente cerrados al diálogo, y al reconocimiento de tratamiento diferencial para los rebeldes. Incluso, hasta épocas muy recientes, a los subversivos, o rebeldes se les juzgaba por sus hechos ante cortes marciales, pero ante los atropellos de que eran víctimas por parte de los militares, la legislación de orden público,

y las cortes marciales para los civiles fueron abolidas en nuestro sistema penal.

Al expedirse el Decreto 100 de 1980, anterior "Código Penal Colombiano", la subversión, los rebeldes, y sus delitos, quedaron dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo quedaron algunos rezagos como lo fue la denominada "Justicia de Orden Público", que aunque regida por civiles, establecía un tratamiento diferencial y desfavorable para los alzados en armas, inclusive en la actualidad esta vigente el Tribunal Nacional de Orden Público.

Poco a poco, con los avances democráticos, la "Justicia de Orden Público", se ha venido desmontando, buscando el ideal de justicia, y que los rebeldes sean juzgados sin discriminación alguna, y sin la ingerencia de procedimientos arbitrarios, situación que no es tema en nuestro estudio, pero como a manera de ejemplo podemos citar los denominados " Jueces sin rostro", a través de los cuales, como la experiencia lo indicó, se juzgó y condenó a

personas inocentes.

3.6.1 Exclusión de Pena para Rebeldes y Sediciosos.

“Exclusión de pena para rebeldes y sediciosos”, fue el título que inicialmente se le dio al derogado artículo 127 del anterior Código penal Colombiano en donde se excluía de pena a rebeldes y sediciosos por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

El contexto de esta norma, conllevaba un problema de dogmática jurídica, pues se debía expedir necesariamente legislación complementaria que definiese de manera clara no solamente lo que para el efecto era considerado como combate, sino también que definiese que se entendía por ferocidad, barbarie e incluso terrorismo, aunque este último término fue plasmado y tipificado como norma o tipo autónomo. Se dio entonces el primer paso para el tratamiento diferencial, hacia el delincuente por

convicción, y ello fue motivo de acaloradas discusiones en el seno de la comisión redactora del que iba a ser el Código Penal Colombiano.

El Doctor Bernardo Gaitán Mahecha, integrante de la comisión redactora, fue tal vez el más firme opositor a la expedición del texto del artículo 127, argumentando que ello abría el camino a la impunidad para delitos tales como el homicidio y lesiones personales derivadas del combate y exponía su criterio ante esa misma comisión de la siguiente manera:

“ En lo que se refiere a la norma según la cual se deja sin sanción a los rebeldes que durante el combate perpetren homicidios o lesiones personales, cierto es que esa norma tiene su origen en el derecho de gentes, pero considero que no debe aprobarse por esta comisión. Terceras personas pueden ser sujetos pasivos de esta clase de delitos y no encuentro razón valedera para afirmar que esas terceras personas deben ser víctimas de una impunidad que introduce el legislador. Si la muerte o las lesiones se ocasionan a quienes está defendiendo el gobierno legítimo, estas víctimas ejercen el derecho de defensa y los homicidas rebeldes no deben quedar amparados por la impunidad. Se han esgrimido una serie de consideraciones de carácter “romántico”, pero que no alcanzan a tener tal fuerza como para justificar la presencia de un texto de esta naturaleza.¹⁶

¹⁶ Actas del anterior código penal colombiano. Impresoras Ltda. 1981, acta N°. 69 Pág. 24.

Vemos como el redactor centra su discusión y oposición al artículo referente a la "exclusión de la pena" para los rebeldes en los punibles de homicidio y lesiones personales, derivadas del enfrentamiento en combate, como si fueran las únicas conductas punibles susceptibles de ser cometidas por los rebeldes, descartando las demás. Haciendo la salvedad que está de por medio el derecho de gentes, que conlleva el enfrentamiento armado, advirtiendo además que terceras personas pueden ser víctimas de homicidio y lesiones personales, y que es precisamente a esas terceras personas a quien se debe proteger no excluyendo la pena para los rebeldes.

Por las circunstancias especiales que vive Colombia, por la diversidad de partes que toman activamente el enfrentamiento armado, y sobre todo por las circunstancias geográficas, es casi imposible hablar que ese enfrentamiento, de modo alguno, no va

a lesionar intereses particulares, individuales o colectivos de esas terceras personas a que alude el ilustre redactor. Mas bien, debe suponerse con sano criterio, que esas "terceras personas", que podemos denominar civiles, de uno u otro modo se verán afectados en sus intereses, baste citar como ejemplo el fenómeno social conocido como "los desplazados", que no es otra cosa que la afectación que hace el enfrentamiento sobre personas totalmente ajenas al mismo.

En contraposición a la ponencia del jurista Gaitán Mahecha, surgió dentro del seno de la misma comisión redactora, la posición asumida por el siempre bien recordado Doctor Alfonso Reyes Echandía, quién exponía: "No puedo estar de acuerdo con el doctor Gaitán. Todo depende de la presentación que se le de al problema. Si la rebelión y la sedición llevan insito el combate, resulta difícil pensar en una figura de esta naturaleza en la que no se produzcan necesariamente, otras adecuaciones típicas, que por lo general serán el homicidio y las lesiones personales, en el fondo

no sé esta consagrando impunidad alguna, sino que sé esta aceptando una realidad y es la de que el combate, para que sea tal, conlleva otros resultados, por su misma naturaleza; De lo contrario, no deberíamos hablar de "alzamiento en armas".¹⁷

Más centrada y acertada es la ponencia del doctor Reyes Echandía, pues es acorde con la realidad vivida durante el enfrentamiento de los "alzados en armas". Lo ha expresado claramente: para que el combate sea tenido como tal, necesariamente se presentan otros resultados diferentes, uno de ellos es precisamente la afectación de los intereses de terceros, y excluir de la pena esos intereses afectados no es consagrar la impunidad, pues es el resultado de una realidad que necesariamente debe afrontarse.

Mucho mas acertada, fue la ponencia presentada por el jurista Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, presidente de esa comisión

¹⁷ Actas del anterior Código Penal Colombiano, obra cit. Pág. 24.

redactora, quien exponía en el debate:

“El delito político, como lo es la rebelión, debe tener ciertos privilegios en cuanto a la punibilidad. Sería muy difícil que nos detuviéramos a discutir si se trata de un fenómeno de complejidad de delitos, de un concurso simplemente, o si se trata de hechos que son de la naturaleza de la rebelión o de la sedición. También sería muy dispendioso que nos entabáramos en una discusión acerca de si se trata de una causal excluyente de punibilidad especial, o si se trata de un fenómeno simplemente pragmático. Yo creo, frente a la realidad en la aplicación de la ley para los casos concretos, que si se exigiera la imposición severa de la ley penal a todos los hechos o actos conexos con la rebelión, sería necesario aplicar casi todo el código, los rebeldes, lógicamente se asocian para delinquir, ellos muchas veces usan prendas militares y documentos falsos, violan domicilios, en veces calumnian o injurian, todo dentro de ese alzamiento en armas. Por ello, creería conveniente que se estructurara una norma en la que se dijera que no estarán sometidos a pena los rebeldes y los sediciosos que realicen hechos punibles en razón del combate.”¹⁸

Si no fuese por las calidades altamente conocidas del Dr. Gutiérrez Anzola, podría afirmarse que era un subversivo incrustado dentro de la comisión redactora del nuevo Código Penal, ya que como vemos, pregona una exclusión de pena para todos los rebeldes sin discriminación de los actos cometidos. Incluso presenta un punto de avanzada en relación con el tratamiento a dar a rebeldes y

¹⁸ Actas del anterior Código Penal Colombiano, obra cit. Pág. 24.

sediciosos pues alude de manera expresa a una "causal excluyente de punibilidad especial" para quienes sean rebeldes o sediciosos, y sobrada razón asiste al jurista al plantear que si se miran todos y cada uno de los actos cometidos por éstos, entonces se harían merecedores a la aplicación de todas las conductas punibles tipificadas dentro del mismo Código penal, y emplea el mismo jurista un término que pone fin a la discusión referente al trato preferencial para el delincuente por convicción, al expresar: "El delito político, como lo es la rebelión, debe tener ciertos privilegios en cuanto a la punibilidad".

Asiste plena razón al Dr. Gutiérrez Anzola: el carácter de rebelde político, o delincuente por convicción, necesariamente, dentro de una sociedad que evoluciona, debe tener tratamiento prevalente frente al delincuente común, y veremos otros privilegios.

Como era de suponerse, dentro de la comisión redactora, se impusieron las ponencias referentes a la "exclusión de la pena

para los rebeldes y sediciosos”, y ese es el origen de ser de la norma del artículo 127 del anterior Código Penal, y así se le denominó. Posteriormente, como ya lo enunciamos, al entrar a regir el código, la norma fue demandada, y por ello la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma mediante sentencia del 23 de Septiembre de 1997.

El comentario a la inexecutable de la norma, no es tema del presente estudio, simplemente se le comenta en el sentido que dadas las condiciones reinantes en el territorio nacional, al inusitado incremento deteriorante del orden público, proveniente de conductas asumidas por los rebeldes, o subversivos, era oportuno, en ese momento histórico dejar sin vigencia dicha norma, por cuanto en la práctica quedaba sin punibilidad alguna cualquier conducta típica cometida por quienes tuvieran carácter de combatientes.

Pero las ponencias, y la vigencia transitoria de la norma, puso de

presente, o si se quiere, sirvió de alerta con respecto al tratamiento futuro que deber dársele a los rebeldes, y que abre si se quiere, el camino a la impunidad. Por ello se hace necesario, para una mejor comprensión de la problemática, entrar a terrenos subjetivos, y analizar detenidamente, a la luz de causal de justificación, cual será el tratamiento que se vislumbra para todos los involucrados en el conflicto armado, que será tema de capítulo aparte y subsiguiente.

3.6.2 Amnistía, Beneficio Político para Rebeldes y Sediciosos. Para continuar con el tratamiento privilegiado de que habla la doctrina y jurisprudencia, para rebeldes y sediciosos, se contemplan dos figuras jurídicas, aplicables desde todo punto de vista al “delincuente por convicción”, como lo son la amnistía y el indulto.

El artículo 82 del nuevo Código Penal, en su numeral tercero

consagra: "La amnistía impropia como causal que extingue la acción y la pena".

La amnistía es considerada una medida de alta política social, que tiende al olvido completo de las infracciones penales por hechos realizados por rebeldes y sediciosos, en desarrollo de combate, en su objetivo de derrocar el gobierno, o modificar el orden institucional imperante.

La amnistía, sólo es concedida por el Congreso de la República, "por graves motivos de conveniencia pública", con votación calificada pues se requiere las dos terceras partes de los votos de los integrantes de cada cámara, por iniciativa propia del mismo Congreso, o bien mediante proyecto presentado por el gobierno nacional, y debe tenerse en cuenta que sólo se consideran delitos políticos cometidos con antelación a la fecha de vigencia de la ley que la conceda, no es retroactiva, como se dijo es por graves motivos de conveniencia pública, en donde se involucra el orden

público al momento de los debates.

La institución de la amnistía es una de aquéllas que el constituyente ha consagrado con evidente sentido político, y cuya aplicación se caracteriza precisamente por estar rodeada de circunstancias de esa naturaleza. Al mismo tiempo la amnistía es, desde el punto de vista material una institución política y jurídica, sobre todo, por sus precisos contenidos y sus seguros efectos. De ahí que la amnistía, como algunas otras figuras de rango constitucional semejantes en sus componentes, puede ser considerada como institución "Ius política" por excelencia", denominación apropiada para este tipo de entidades constitucionales que se integran con elementos jurídicos y políticos en armonía institucional.

Se habla de institución política, porque del mismo enunciado se desprende al expresarse "por graves motivos de conveniencia pública", allí va inserto el concepto político. Y se habla de

institución jurídica, ya que la norma que la consagra se encuentra descrita dentro de la misma normatividad penal, expresamente en el artículo 82.

Se entra entonces en una aparente confusión en relación con la naturaleza, o razón de ser de la figura de la amnistía, ya que no podría definirse si pertenece al concepto político propiamente dicho, o si entra al terreno de lo jurídico por naturaleza. La doctrina ha expresado:

“No obstante ser las constituciones de los países entidades normativas de índole esencialmente política, debido a sus causas y sus objetivos, algunas de sus disposiciones, en particular, ostentan ese carácter con perfiles más sobresalientes que otras. Desde un punto de vista muy general todos los preceptos del código superior, por la sola circunstancia de hallarse en él, pertenecen a la órbita del derecho político, así en su realización algunos afecten relaciones de orden privado, como las inherentes a los derechos de la propiedad y sus limitaciones en razón de la utilidad pública o el interés social, según la determinación de la carta política”.¹⁹

Como puede apreciarse, no existe criterio definido sobre la

¹⁹ CARLOS MEDELLIN. Estudio para ingresar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ley 498 de 1997, artículo 50, Ley 49 de 1985 y Ley104 de 1993.

naturaleza de la amnistía, pero podemos afirmar que ello obedece a la conjugación de criterios políticos-reales, el orden público, no olvidemos: "Por graves motivos de conveniencia pública", y criterios jurídicos que son la razón de ser del artículo 78 del anterior Código Penal.

3.6.3 Indulto, Beneficio Político para Rebeldes y Sediciosos. Como el artículo 88 del nuevo Código Penal lo indica, el Indulto no elimina las infracciones políticas, sino solamente la pena, y es lo que esencialmente le diferencia de la amnistía. Los indultos particularmente, deben ser calificados en cada caso por el Presidente de la República, para resolver en qué situaciones deben aplicarse, operando únicamente en virtud de providencias especiales. La ley que autoriza al Presidente para otorgar Indultos no requiere de la mayoría calificada de los congresistas, como sí ocurre con la amnistía.

La razón de ser de figuras jurídicas como la amnistía y el indulto, radica en que el Congreso carece de facultades para dejar en manos del Ejecutivo la determinación a tomar con determinadas personas, básicamente los "delincuentes por convicción", que es a quien beneficia las figuras, y es en la respectiva Ley donde deben señalarse las causas del ordenamiento y las calamidades que se piensa remediar.

Dentro del contexto de la misma ley, debe definirse lo que se entiende por delitos políticos en el momento histórico vivido, y si no se hace, deberá entenderse por tales todos los ataques armados en forma total o parcial contra el gobierno de turno, contra la constitución, o contra la ley, incluyéndose también como ataques las infracciones tocantes al Derecho Común realizadas para que los rebeldes y sediciosos se favorezcan u obtengan sus objetivos.

Se ha dicho por algunos doctrinantes, que la amnistía y el indulto,

se refieren concretamente a situaciones perturbadoras de la paz, que es necesario solucionar ya que de ello dependen a su vez "Los graves motivos de conveniencia pública, a que alude la norma penal que los consagra, y se dice también que son más medidas de carácter jurídico que políticas, no encontrándose muy equivocados quienes así piensen, ya que el orden jurídico necesariamente se deteriora cuando se dan esos graves motivos que impelen a que se expida la ley que concede los beneficios tratados". Observándose también, que "esos graves motivos de conveniencia pública", no sólo afecta el orden jurídico, sino también el "orden público", con reflejos bastante incidentes en el "derecho común", o sea que se afecta intereses particulares de personas no involucradas en el conflicto, y nada más saludable para restablecer el orden que la expedición de leyes que los apruebe.

3.6.4 Justificación de la Amnistía e Indulto. No han sido

escasos los argumentos que en todo tiempo y lugar se han expuesto en pro de la amnistía y el indulto, algunos argumentan que se trata simplemente de la aplicación del "Derecho de Gracia", que era facultad del "soberano" para condonar o mitigar la pena impuesta, o mecanismo para poner término al juicio iniciado, y desde épocas muy remotas se les ha considerado como inherente a la potestad del Estado, y por ende de quien, o quienes ejercen el poder.

Puede afirmarse, que casi en todas las legislaciones del mundo contemporáneo se aplica, o tienen contempladas la amnistía y el indulto. La propia palabra "Amnistía", tiene origen griego y significa "olvido", para esa facultad de otorgar amnistías, en esas culturas, griega, y aun romana, residía en la soberanía del pueblo, de ahí la figura contemplada en el Derecho Romano conocida como la "Restitutio integrum", equivalente, a que aquellas personas, o persona, a las cuales la "Asamblea Popular" le otorgaba los beneficios, se reintegraban de manera integral a la

comunidad y a su condición de ciudadano.

Como puede apreciarse, se confunde los beneficios tratados con el "Derecho Gracia", y ha expresado la doctrina:

"SILVELA recoge los fundamentos clásicos de la institución y sostiene que el derecho de gracia es necesario porque: borra, hasta donde es posible, el recuerdo de ciertos delitos, como los políticos, obteniendo así la paz social, corrige los errores que solo se patentizan después del fallo, prepara la reforma del derecho, dejando de ejecutar ciertas penas que el legislador, por miedo de quedar desarmado, no se atreve a abolir definitivamente; y hace que las sanciones sean iguales y justas, pues permite tener en cuenta hechos que no alcanzaron a apreciar el legislador ni el juez".²⁰

Justifica el tratadista la razón de ser de la amnistía y el indulto en el ya enunciado "Derecho Gracia", y su aplicación en aras de la "paz social", haciendo énfasis, de que como se trata de delitos políticos, o por convicción quienes se benefician con las instituciones, pueden presentarse errores, y de hecho se han presentado en nuestro ordenamiento jurídico, errores que solo se aprecian después de ser emitido en respectivo fallo, fundamentalmente condenatorio, ya que las situaciones sociales y

²⁰ LUIS CARLOS PEREZ. Derecho Penal, tomo II Editorial Temis, 1982, Pág.309.

de orden público sentidas y vividas al momento, puede conducir a errores.

Después de haber adquirido ejecutoria formal y real el fallo, y al analizarlo concienzudamente, se descubrirá que hubo excesos, o errores, y al estar ejecutoriado ese fallo, la corrección sólo sería posible a través de las leyes que aprueben la amnistía y el Indulto. El legislador, incluso el juez es humano, por ende susceptible de cometer errores por el momento histórico vivido al momento, e incluso inducidos por esta circunstancia, pueden llegar al error en sus determinaciones.

Es importante destacar, que la norma que consagra la amnistía y el indulto alude a los "graves motivos de conveniencia pública", y esos motivos pueden partir, o desprenderse de actividades provenientes que cualquier persona, o grupo de personas que pretendan subvertir el orden social, u orden público, que traten de derrocar, modificar, o de cualquier manera perturbar el orden

constitucional vigente, concluyéndose que esos beneficios deben hacerse extensivos, tanto a los guerrilleros propiamente dichos, en sus diferentes facciones e ideologías, como a otras personas o grupos de personas que se les asimilen y que con su actuar pretenden modificar el orden institucional, llámense autodefensas, o paramilitares, situación que será de análisis en capítulo subsiguiente.

La verdadera justificación de la amnistía y el indulto, se demuestra no porque se presten a la salvación de los criminales, así sean políticos en su actuar, ni por el horror que inspira sus condenas, sino por la naturaleza de instrumentos de paz de que van revestidas las dos instituciones, paz desde el punto de vista de la comunidad misma, y paz involucrada en el momento político. Mas que remedios de carácter penal, son urgencias de la solidaridad colectiva y de la tranquilidad de los ciudadanos involucrados en el "Contrato Social", que así lo demandan del poder estatal. Y nos remitimos nuevamente al tratadista citado, para finalizar este

capítulo:

“Si los organismos judiciales no fueran perturbados por influencias ajenas a su esfera; si no se crearan fueros para algunos y procedimientos especiales contra otros, si las normas se cumplieran incorruptiblemente para investigar la acción y la responsabilidad de todos los infractores, sería menos de temer el peso de la ley, y las amnistías y los Indultos no se decretarán con tanta frecuencia. Pero, mientras oscuras costumbres y fuertes intereses político-económicos aspiren a perpetuarse en el poder, habrá conatos para suplantarlos, y como consecuencia, procedimientos fulminantes, negación de las garantías, perturbación del derecho de defensa y penas impartidas sin fundamento que reclaman la intervención extrajudicial para corregirlas”.²¹

He ahí la verdadera razón de ser de la amnistía y el indulto.

²¹ LUIS CARLOS PEREZ, obra citada, Pág.312

4. DEFENSA JUSTA.

4.1 CONCEPTOS SOBRE LA DEFENSA.

La problemática colombiana, desde el punto de vista del orden público, involucra intereses colectivos de la comunidad, intereses personales, y aún estatales.

En la crisis por la que atraviesa el derecho en nuestro territorio, por lo convulsionado y proliferación de grupos al margen de la ley: llámense guerrilleros, autodefensas, paramilitares y similares, la verdad es amarga, pero no por ello deja de ser valedera, e irrefutable, que de ese actuar violento se desprenden situaciones que involucran derechos tutelados por la ley, y aun considerados como "absolutos", bástenos citar la vida, la integridad personal, la propiedad, y todos los derechos inherentes a la personalidad, para no mencionar sino unos pocos.

Buena parte de las injusticias, que todos sabemos se generan durante el conflicto, y que aquejan al individuo y comunidad de que hace parte, engendran hondo escepticismo en torno a la eficacia del derecho, de allí, que a la postre surjan quienes individual o colectivamente pretendan derrocar, modificar, o atentar contra el orden constitucional vigente.

La defensa, se ha considerado como el actuar del individuo, o la

comunidad de que hace parte, ante situaciones que precisan ser defendidas por el organismo estatal. Cuando este organismo estatal no hace presencia para defender los derechos que tutela, surge entonces el concepto de la defensa.

Debe hacerse claridad, y desde luego contribuir en este estudio a un mejor conocimiento de tan importante institución, máxime que ese análisis se hará extensivo a la figura jurídica de la "Legítima Defensa", o "Defensa Justa", con sus variantes como lo son: la defensa propia, defensa de terceros, defensa colectiva, y los excesos que conllevan su ejercicio.

La doctrina ha expresado:

"Creo, nos dice, que la reacción del hombre que se defiende cuando se ataca a uno de los bienes que integran su personalidad, es anterior y superior a la ley. Por eso prefiere el calificativo "justa" al de "legítima" que generalmente emplea la doctrina penal. Para el doctor Sisco, entonces, el derecho de repeler un ataque injusto y no provocado a los bienes que constituyen nuestro patrimonio jurídico y moral, no nace de la ley sino de ese sentimiento de justicia que esta insto en el corazón humano, que proviene de la misma y por eso es, como ella, insobornable e incontenible".²²

²² LUIS P. SISCO. La Defensa Justa, Editorial Jurídica, Quito, Pág. 15-16.

Tradicional y filosóficamente, se ha impuesto un derecho natural y superior al derecho positivo, y de allí surge la corriente "Jus Naturalista de Derecho". Surge controversia en el sentido si la "Defensa Justa", es anterior a la "Defensa Legítima". Consideramos en este estudio que el "Jus Naturalismo", se impone sobre el derecho escrito.

"Sobre la defensa, y esencialmente sobre la "legítima defensa", se han ensayado multitud de definiciones. El Maestro Carrara le ha definido de la siguiente manera:

"Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor cuando no se traspasa la medida necesaria para la protección".²³

Von Liszt, define la Legítima defensa diciendo que:

²³ FRANCISCO CARRARA. Editorial Reus S.A. Madrid 1952, Vol. I Pág. 353.

“Es aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor”.²⁴

Eusebio Gómez, la define expresando que:

“Consiste en la reacción violenta, que se traduce en un hecho objetivamente delictuoso, contra un ataque injusto, actual y grave no excedente de la necesidad de amparar el derecho contra el cual es dirigido, y que puede ejercitarse no sólo por el atacado, sino también por un tercero”.²⁵

No es necesario profundizar sobre insulsas controversias del orden jurisprudencial y doctrinal, en cuanto a que de “Legítima Defensa” sólo puede hablarse cuando es ejercida por la misma persona que la ejercita, según las circunstancias, y que se hablará sobre “defensa de terceros”, cuando la defensa es ejercida por persona diferente a aquella que se ve en las circunstancias de ejercerla, pero por uno u otro motivo no puede hacerlo. En nuestro estudio, nos referiremos de manera indiscriminada cuando hagamos relación a la justificante, vale decir: para nosotros esa defensa es

²⁴ VON LISZT. Tratado Derecho Penal. Editorial Reus, 1916, Pág. 556.

²⁵ EUSEBIO GOMEZ. Derecho Penal, tomo I. Editorial CIA, Argentina. 1939, Pág. 556.

legítima así sea ejercida por la propia persona o por otra u otras.

El profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, ensaya una definición de "Legítima Defensa", que creemos es la que más se acerca dentro de nuestro sistema, a los fines del presente estudio "Puede definirse como el derecho del individuo a rechazar con la fuerza las agresiones injustas, cuando el estado es impotente para proteger el derecho."²⁶

Consideramos que es la definición más acorde, ya que involucra en su definición, la crisis del derecho individual, y la facultad de rechazar con la fuerza agresiones injustas, cuando el Estado es impotente para rechazar esas agresiones injustas. Desde luego, que nuestro concepto, se hace extensivo a la defensa de terceros.

4.2 LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

²⁶ LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ. Lecciones de Derecho Penal. edición 2ª de 1974, Pág. 256.

COLOMBIANO.

El Código Penal Colombiano, en su artículo 32, al enumerar las causales de ausencia de responsabilidad, estructura la defensa de la siguiente manera en su "Artículo 32 Numeral 6º : "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Obsérvese, que la norma del artículo 32 del Código Penal, se encuentra incluida dentro del título III, referente a las causales de ausencia de responsabilidad, y el tema de la ausencia de responsabilidad del hecho delictivo (punible), ha tenido un amplio desarrollo en la bibliografía jurídico-penal, en todas las legislaciones a nivel universal, con una amplia gama de figuras ilícitas, susceptibles de que con respecto a ellas se haga la consideración justificante, pues no puede olvidarse, que el hecho en sí mismo no deja de ser un hecho punible, pero a pesar de

ello, la ley lo enmarca dentro de la justificación de acuerdo a las circunstancias, por ello FRANCESCO ANTOLISEI ha expresado:

“Las causales de justificación son aquellas especiales situaciones en las que un hecho que normalmente esta prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone. Si se investiga la razón sustancial por las que estas causas eliminan la antijuridicidad, es fácil encontrarla en la falta de daño social, mediante su ocurrencia, en efecto, la acción no contrasta con los intereses de la comunidad como normalmente sucede, y ello porque en aquellas determinadas situaciones, se hace necesario para salvar un interés que posee un valor superior o al menos igual al que se sacrifica. Ausente de tal manera el daño social, la intervención del Estado con la sanción punitiva carecería de razón de ser”.²⁷

Alude el autor, a situaciones plenamente contempladas en nuestra normatividad, habla de acción, acciones, la hace en singular y plural, habla de la antijuridicidad de la conducta, concretándose ello, en los parámetros que fija el artículo 32 ya transcrito para estructurar la defensa.

Autores hay, que sintetizan los requisitos de la defensa, o Legítima defensa, de la siguiente manera: La agresión, defensa necesaria,

²⁷ FRANCESCO ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal, parte general. edición 1960 Pág. 201.

la falta de provocación suficiente, y defensa proporcionada. Sin embargo, tradicionalmente, esos requisitos los sintetizamos para nuestro estudio, mas acorde con la enunciación de la justificante, de la siguiente manera:

- A) Defensa necesaria.
- B) Defensa de un derecho tutelado por la ley, propio o ajeno.
- C) Actualidad o inminencia de una injusta agresión.
- D) Agresión y defensa proporcionadas.

4.2.1 Defensa Necesaria. Se considera el primer elemento de la defensa, ya tratándose de la defensa que se ejerce por el propio agredido injusto, o bien que la ejerza un tercero en su beneficio.

La doctrina, concuerda, en que esa "necesidad" de la defensa, debe entenderse como "necesidad racional", entendiéndose como tal que la persona agredida tiene el derecho de defenderse cuando en presencia del ataque, actual o inminente, abriga verosímilmente (razionalmente), la creencia que se encuentra ante un verdadero peligro. Ante estas circunstancias, reacciona con una convicción íntima, casi que invencible, derivada de los actos que considera son idóneos, y que su actitud, o respuesta es legítima, aún cuando el derecho tutelado por la ley, propio o ajeno no hubiese estado ante el peligro, o agresión, actual o inminente.

Al parecer se trata de un error de apreciación, o valoración subjetiva, instantánea, que puede confundirse en un determinado momento con la defensa subjetiva o putativa, y que analizaremos posteriormente. Es una valoración netamente subjetiva, por cuanto quien hace la valoración es quien se defiende, o va a defenderse. Es natural que en la mente de quien ejerce esa

defensa, se presenta un "estado de necesidad privilegiado", como califican algunos autores a esta figura jurídica, de donde necesariamente surge una obligación-derecho sin consideración a los actos constitutivos de la defensa que emerge en la mente de quien se defiende, o defiende a otro. Al entrar en conflicto el derecho tutelado por la ley, surge la defensa justa, o "legítima defensa".

4.2.2 DEFENSA DEL DERECHO TUTELADO POR LA LEY

Se erige este elemento, en el segundo, con figurativo de la "Legítima Defensa". Si analizamos detenidamente, el enunciado del numeral 4º del artículo 29 anterior Código Penal y el 32 del nuevo Código Penal, vemos que se expresa textualmente: "Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno...".

Del contexto transcrito, sacamos en conclusión que la norma es

permisiva, ya que hace extensivo el derecho a la defensa a derechos ajenos, surgiendo entonces la "Legítima Defensa" a favor de terceros, y sin discriminar a qué clase de derechos alude la norma. Aclaremos nuevamente, que en nuestro estudio no abordaremos discusiones insulsas tendientes a determinar si la expresión: "Legítima Defensa" debe circunscribirse al propio individuo que la ejerce, o si la misma expresión se hace extensiva y abarca la defensa, o "Legítima Defensa" a favor de terceros.

Consideramos, que de los elementos que estructuran la "Legítima Defensa", el más real es el referente al derecho o derechos susceptibles de ser defendidos, ya que existe una panorámica más o menos definida de los derechos individuales colectivos, tutelados por la ley, amén que surjan otros derivados de la misma esencia evolutiva del derecho. Conceptos o elementos como: necesidad, agresión, proporcionalidad, etcétera, entran a terrenos de valoración subjetiva.

Cuando concurren los elementos que integran la “Legítima Defensa”, no se hace distinción alguna si es referente a la defensa de derechos de la persona, o de otras personas, ni tampoco se mira de manera general el derecho a defenderse, ello se desprende del momento mismo en que se vulnera o pone en peligro ese derecho.

Los derechos inherentes a la personalidad, son susceptibles de ser defendidos, entre ellos valga enunciar: la vida, la integridad personal, la libertad, el pudor sexual, etcetera, lo cual se hace extensivo a derechos cuya pérdida o vulneración sería irreparable, y los cuales se vulnerarían, o se ponen en peligro mediante la fuerza, la violencia ilícita, y ataques criminales dirigidos contra bienes materiales, incluyéndose los bienes muebles y/o inmuebles, bástenos citar el derecho a la propiedad en sus diversas modalidades, y ya sean derechos propios o colectivos. De allí va surgiendo la idea primordial dentro de este estudio, ya que cuando el Estado muestra su impotencia, surgen grupos armados

tendientes a la defensa de esos intereses y derechos individuales y colectivos.

El autor LUIS P. SISCO, afirma:

“La defensa legítima no se limita a la protección de la vida, sino que abraza todos los derechos que pueden ser atacados sin que sea posible al poder judicial intervenir. Los ataques contra la vida, el pudor, la salud, la propiedad, mueble o inmueble, autorizan el empleo de la legítima defensa. No hay necesidad de que exista semejanza entre el derecho atacado y el medio empleado en la defensa. Tampoco se necesita que la violencia se dirija contra la persona para que la reacción del ofendido pueda alcanzar la persona del agresor. Así, es lícito herir de un tiro al ladrón que huye llevándose la cosa robada, y aún matarle si no hay otro medio de impedir la pérdida de la cosa”.²⁸

En la jerarquía de valores humanos, hay diferente evaluación para cada uno de los derechos, según cada individuo. Habrá hombres para quienes el máximo valor lo otorgan a la vida, para otros el valor supremo lo será el dinero, (los avaros), y dentro de esa escala valorativa se encontrará hombres para quien el valor supremo corresponde a la dignidad, por esos valores lucharán y vivirán, y si estos derechos son vulnerados, o puestos en peligro,

²⁸ LUIS P. SISCO. “La Defensa Justa”, obra ya citada, citando a Chaveau Adolphe. Pág. 266

incluso llegará a matar para defenderles, incluso el incapaz de mover un dedo para defender su integridad personal, o su patrimonio, matará para defender su dignidad, a la que le da valor superior a su vida y patrimonio.

Vemos entonces, que la valoración con respecto a la defensa del derecho tutelado por la ley, abarca derechos materiales, muebles e inmuebles, derechos personales y personalísimos, y cada cual los defenderá de acuerdo al valor que otorgue a ellos, y según sea el valor que cada individuo atribuye a estos bienes, materiales y/o inmateriales que el ha creado, así sean el grado de interés e ímpetu que ponga en su defensa.

4.2.3 Actualidad o Inminencia de la Injusta Agresión.

Tercer elemento considerado por la jurisprudencia y la doctrina, que debe concurrir a configurar la eximente de la "legítima defensa".

Al expedirse el Código Penal Colombiano, el legislador previó situaciones referentes a la no actualidad del ataque o agresión al derecho defendible, por eso dentro del contexto de la justificante se expresó: "...contra injusta agresión actual o inminente...".

Hemos repetido, que la valoración de los elementos que estructuran la justificante, es una valoración eminentemente subjetiva pues corresponde a cada individuo, o grupo de individuos, hacer esa valoración instantánea al momento de presentarse la situación que amerita el ejercicio de la misma, y dentro de esa subjetiva valoración entra la actualidad o inminencia de los hechos que ameritan la defensa.

El Dr. Alfonso Reyes Echandía, expresaba:

"...si de la simple provocación se pasa a las amenazas directas de palabra o de obra que patenticen a los ojos de la víctima la inminencia del ataque, entonces sí se justifica la reacción, porque una tal amenaza tiene todas las características de verdadera agresión inminente e

injusta”.²⁹

Gran trascendencia jurídica adquiere lo expresado por el ilustre jurista, ya que emplea términos como: “provocación”, “amenazas directas”, de obra, inclusive de palabra, que patenten a los ojos de la víctima, la inminencia de ataque. En otras palabras: no es necesario que se efectivice, o se actualice la agresión de obra, hasta que el posible agredido, deduzca, que de las amenazas proferidas se pasará al ataque, y que lo visualice como inminente para que proceda a ejercer la defensa. Es más, el autor involucra el concepto de agresión inminente con la injusticia de la misma, como producto de las “amenazas”.

Nos concede entonces el autor, plena razón cuando afirmamos que la valoración del elemento analizado entra al orden de la subjetividad individual.

²⁹ ALFONSO REYES ECHANDIA. Derecho Penal. Parte general, 8ª edición 1981 Pág. 246.

Otra característica que debe revestir la agresión es la "actualidad", y así debe entenderse, de acuerdo a lo analizado, o sea que el ataque debe revestir caracteres de inminencia, o sea que se va a producir casi inmediatamente, pero no al ataque que apenas se vislumbra como probable, o el ataque que ya pasó, o se ha consumado, porque sería entrar a terrenos penales diferentes, desde luego conducta sancionada de manera diferente. Como tampoco es posible aceptar como actual una agresión futura, ello sería un absurdo jurídico, pues no justificaría una reacción defensiva, ya que el presunto agredido podría evitarla de manera diferente, ejemplo: Recurriendo a la autoridad, como tampoco tiene cabida la justificante frente a ofensas pasadas, y que sería reacciones posteriores, ya que nada se defiende en ese momento.

4.2.4 Agresión y Defensa Proporcionadas. Cuarto elemento de la analizada justificante lo es: La agresión y defensa

proporcionadas.

Se ha expresado por la doctrina, que si bien es cierto que la defensa es permitida por la ley, ello debe circunscribirse a los actos necesarios para la defensa real de la agresión, y que no se puede ir mas allá de lo absolutamente necesario para ello, argumento discutible, por cuanto la persona o personas que la ejercen deben hacer una valoración inmediata, vale decir instantánea de las circunstancias que rodean el hecho agresor, subjetivamente, es difícil, casi imposible, responder al interrogante: ¿Cómo debo defenderme, o defender a otro?.

El tiempo que media, o transcurre para hacer el discernimiento respecto a como ejercer la defensa, puede agotarse, y ya no habrá oportunidad para ejercerla pues la agresión posiblemente ya se ha consumado, y ya no habrá sobre quien o que ejercer la justificante, por ello el juzgador, o el instructor, debe hacer el esfuerzo mental de que hablan los tratadistas, trasladándose "ex

ante”, o sea situándose imaginativamente ante los hechos que debió afrontar quien manifiesta se defendió, incluso, sin hacerse esa manifestación, de acuerdo a esa valoración, o apreciación imaginativa, puede deducirse la defensa.

A pesar de ello, esa valoración subjetiva, del instructor, del fallador, y de quien ejerció la defensa, no puede ser demasiado abstracta o confusa, ni de manera absoluta. Se hace necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado derecho tutelado por la ley, tratándose de derecho personal o personalísimo, o de un bien material, justifican el sacrificio del derecho o interés del agresor, porque de eso se trata en la defensa, entran en crisis derechos e intereses de los protagonistas: agresor o agresores, y agredido o agredidos, de allí surge el sacrificio para alguien, en nuestro caso concreto se sacrifica derechos de los agresores, ya que el agresor, resulta muerto, o lesionado, o con cualquier otra consecuencia material e inmaterial, consecuencia de su injusta agresión.

La proporcionalidad de la defensa no debe ser entendida en ningún momento con igualdad o identidad absoluta con la agresión, conclusión a la que han tratado de llegar muchos doctrinantes y ortodoxos de la defensa, pues de lo que se trata es de una cierta adecuación, cierta graduación, que se fije una cierta proporcionalidad, teniéndose en cuenta la complejidad de elementos que integran los actos agresivos y defensivos, que involucra la misma personalidad de agresor y agredido, los bienes jurídicos agredidos o que al menos son puestos en peligro, las circunstancias de tiempo, modo y lugar concurrentes, obteniéndose así globalización total de las circunstancias, para dirimir finalmente si en realidad se dieron a cabalidad los elementos que integran la defensa.

Ejemplo muy mencionado por los tratadistas referente a la proporcionalidad y que propone interrogantes es: el niño, que con arma de fuego se defiende de puñetazos que le lanza un campeón

de boxeo: ¿habrá proporcionalidad?.

La doctrina expresa:

“El estado subjetivo, íntimo, del atacado es pues, un elemento indispensable, para dictaminar sobre si ha existido proporcionalidad en la defensa, o, como dice la ley si ha habido “necesidad racional”, para defenderse como lo ha hecho el agredido. Pero fuera de esa circunstancia, otras también han de tenerse en cuenta: el lugar del hecho, el momento en que este se produce, las características del agresor, su conducta anterior, etcétera.

Todos estos factores con velocidad vertiginosa, se harán presentes en el animo del agredido; Y en la composición del lugar que éste se forme tendrán una importancia decisiva... en cada caso concreto, no pudiéndose dejar de analizar los factores derivados del temperamento, fuerza, valor, situación social, moral, etc. para dictaminar en su mérito... la proporcionalidad de los medios empleados para repeler la agresión, no puede computarse sino desde el punto de vista del sujeto que tenga que defenderse en la situación concreta producida, con los medios de que disponía y en el estado de ánimo que la agresión normalmente podría generar”.³⁰

Como puede apreciarse, es la misma doctrina, la que hace énfasis en la subjetividad de la valoración del elemento proporcionalidad, y se emplea por el autor la expresión en el sentido de que la evaluación de: “...todos estos factores con velocidad vertiginosa”

³⁰ LUIS P. SISCO. Obra ya citada Pág. 151.

debe hacerse, esa "velocidad vertiginosa", es la que impide jurídicamente, a quien se defiende, hacer un discernimiento valorativo, igualitario o similar a la agresión, y los medios utilizados para efectivizarla.

4.3 DEFENSA LEGITIMA DE TERCEROS.

Capítulo primordial dentro del presente estudio lo es el referente a la defensa de terceros, que implica tanto los derechos personalísimos, como los materiales, vistos igualmente desde el punto de vista personal como colectivo.

Doctrinal y jurisprudencialmente se acepta la defensa de terceros, por ello, la misma norma justificante autoriza a otra persona a prestar ayuda de hecho, a quien se encuentra en estado de afrontar una legítima defensa, gozando esta persona, a quien se denomina "tercero", en tal caso, respecto de sí mismo y de la persona atacada, de todas las prerrogativas que otorga la legítima

defensa, como si se tratara de la misma persona atacada en su integridad y/o bienes. El autor Rodolfo Moreno, citado por Pedro P. SISCO, afirma:

“La eximente reposa en el sentimiento de justicia y en el deber de solidaridad que existe en todos los individuos. Cuando se trata de parientes o amigos, a estos factores de carácter general, justificativos del precepto, se agregan motivos especiales de afecto. El individuo que concurre a la defensa de otro, injustamente atacado y colocado, a causa de la agresión, en una situación de inminente peligro, realiza una función social, análoga a la que en su caso, ejercería un representante de la autoridad pública”.³¹

Se presenta unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina, no solo a nivel nacional, sino que esa unanimidad trasciende a la doctrina y jurisprudencia internacional, con apoyo en las normas legales que acogen la eximente de responsabilidad, a favor de terceros, poniéndose de presente la reacción natural, inherente al individuo, destacándose el noble impulso de quien, viendo en peligro la vida y derechos de otro, acude de inmediato en su auxilio, en ausencia del Estado.

³¹ RODOLFO MORENO. Citado por Luis P. Sisco, obra cit, Pág. 302.

La reacción, hasta cierto punto de vista generosa y solidaria del tercero, que viendo en peligro los bienes de otros asociados, acude en su defensa, deja de ser solidaria y generosa, cuando la agresión proviene de un hecho suyo, ya no podrá entonces hablarse de la defensa de terceros, sino de una actitud inapropiada que aproximaría, en caso de aceptarse, al crimen, a la generosidad y solidaridad, situaciones que no puede propiciar en ningún momento la normatividad penal.

Podría discutirse, lo referente a la defensa de los bienes de terceros, pero los mismos principios que rigen para la defensa de la vida, o la integridad personal, se hacen extensivas a la defensa de cualquier bien o derecho, por ello, lo predicable para la defensa de los bienes propios, o de su titular, debe aplicarse cuando quien acude a la defensa es un tercero, que defiende a su vez derechos tutelados de un tercero.

Mencionamos al principio de este capítulo la importancia que reviste para nuestro estudio la institución de la defensa de un tercero, ya que es situación que involucra el actuar de grupos guerrilleros, paramilitares, autodefensas y similares que se encuentran levantados en armas, atentando por ende contra el orden institucional vigente, actuar y atentados que podemos afirmar, conllevan a poner en peligro y vulnerar todos los derechos tutelados por la ley, entre los que se debe destacar: La vida e integridad personal, la libertad, la propiedad, el pudor sexual, derecho a transitar libremente, el derecho al trabajo, a la comunicación, y todos los derechos inherentes al ser humano, susceptibles de ser defendidos casi sin excepción alguna.

Cada facción armada, desde su punto de vista ideológico, cree tener la razón de actuar, consecuentemente subvierten el orden constitucional, o institucional imperante, de allí que se les de carácter de "delincuentes por convicción", pero desde luego que en ese actuar se involucra, pone en peligro y vulneran derechos

de terceras personas, ajenas al conflicto armado, surgiendo a plenitud la defensa de terceros, extensiva a los derechos sobre bienes materiales, inclusive haciéndose extensiva a los denominados derechos de la comunidad o colectivos, como lo analizaremos mas adelante.

4.4 DERECHOS SUSCEPTIBLES DE DEFENSA.

Podemos afirmar, que todos los derechos, materiales e inmateriales son susceptibles de ser defendidos. Apoyamos nuestra afirmación, ya que como lo analizamos en el acápite anterior, cada individuo en particular, y la comunidad, valoran sus propios derechos y de acuerdo a esa valoración, y en esa misma medida ejercen su defensa. Surgen entonces teorías explicativas de la defensa del interés individual, o defensa privada, o facultada a la persona en sí misma considerada, en la que se destaca la “teoría prevalente de la defensa”, propugnando esta teoría por la defensa del ordenamiento jurídico, el interés social, y por ende la

justicia. En aras de esta defensa, al individuo le es permitido, ejercer la defensa de bienes jurídicos, explícitamente derechos tutelados por la ley, o situaciones que se les asimilen.

Si se propende en la "teoría prevalente", por la defensa primordial del orden jurídico, estando de por medio la justicia, y desde luego el interés de la sociedad, debemos necesariamente concluir, que la "Teoría prevalente de la defensa", incluye en su exposición la defensa de bienes de terceros, que son los bienes sociales.

El autor Jaime Sandoval Fernández expresa:

"...el origen y posterior proyección del fundamento de la legítima defensa, considerarla "individual, en el sentido de privada o desde el individuo", terminología con la cual estaríamos de acuerdo, no entraña mayor dificultad. Cosa bien distinta es si aquella denominación se utiliza para señalar como defendibles únicamente los bienes jurídicos individuales excluyendo los colectivos, comunitarios o sociales. Lo que estuvo de presente en las teorías fundadoras comentadas fue, por un lado, la defensa del individuo y de sus bienes jurídicos o derechos, sin que se hiciese excepción de los colectivos comunitarios, penales o no problemática que compete a los derechos defendibles, no al fundamento; y por el otro, la defensa del ordenamiento jurídico que regula y protege todos aquellos bienes jurídicos o derechos, sin distinción alguna. En la actualidad son fácilmente imaginables situaciones en que "desde el individuo" se puede defender derechos, intereses, bienes-sociales o colectivos y por intermedio suyo también el

ordenamiento jurídico, confluyendo en el doble fundamento”.³²

De la transcripción hecha, sacamos en conclusión, que la: “teoría prevalente de la legítima defensa”, ofrece un sofisma de distracción, o en el fondo contiene contradicción. En un principio, en su enunciación equipara la legítima defensa, con una defensa individual, personal, de ahí el carácter de “privada” que quiere dársele. Pero a continuación la misma teoría incluye la defensa de bienes comunitarios o colectivos, susceptibles de ser defendidos en aras del ordenamiento jurídico y de la justicia, concluyéndose ineludiblemente, que esta teoría en ningún momento excluye la defensa de terceros, o de intereses o derechos comunitarios o colectivos, no siendo la defensa tan privada como parece desprenderse de su inicial interpretación.

La interpretación de esta teoría no puede hacerse de manera exegética, pues contrariaría la misma norma penal, que dentro de

³² JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ. Legítima defensa. Editorial Temis, edición 1994 Pág. 17-18

su contexto incluye la defensa de derechos ajenos, por ello, el legislador, al expedir la nueva normatividad penal, (Ley 599 del año 2000), que entro en vigencia el 24 de Julio del año 2001, atendiendo al "Principio de generalidad e impersonalidad de la ley", incluso entrando en juego el principio de que la ley es abstracta, en su artículo 32, al consagrar las causales de "ausencia de responsabilidad", consagrándose en su numeral 6, la legitima defensa, se ha expresado: ..."Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: ... se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión"...

La fórmula que consagra la legítima defensa en la nueva normatividad penal, es en la práctica la misma que se consagraba, en cuanto a redacción, en la normatividad derogada (Decreto 100 de 1980), y obsérvese bien que se emplean términos tales como "derecho propio o ajeno", "agresión actual o inminente", pero haciéndose la Interpretación por vía personal de la norma, debe concluirse que no se especifica la clase de derecho propio o ajeno,

susceptible de defenderse, y con sana lógica jurídica, debemos concluir que son defendibles tanto los derechos personales, como los personalísimos, haciéndose extensiva la interpretación a los derechos personales, personalísimos, e incluso materiales propiamente dichos, ya sea propios o pertenecientes a un tercero.

Al hablarse de derecho propio o ajeno, y de agresión actual o inminente, cobra vigencia la aplicación doctrinal y jurisprudencial que de la norma, y de las expresiones se ha hecho y concluyéndose, sin la menor duda, que la defendibilidad de esos derechos personales, personalísimos, colectivos, se extiende a la defensa de terceros, en forma genérica, vale decir sin discriminar que clase de derechos son susceptibles de esa defendibilidad, incluyéndose desde luego los bienes o derechos materiales e inmateriales.

El hombre es un ser sociable por naturaleza. De esa sociabilidad surge la asociación, y de esa asociación surge la colectividad,

comunidad o grupo social, y de allí la razón de ser del "Contrato Social", expuesto por Rosseau. La doctrina expresa:

"Considero que cuanto más avance el sentido de la defensa justa, y cuanto más se afiance el respeto de la personalidad humana con todos sus atributos, tanto menos han de ponerse trabas a la defensa de los bienes. El hombre es un ser dotado de una serie de atributos sin los cuales desaparecería su personalidad: la reputación, los bienes, la fama, la libertad, etc. El afianzamiento de esas condiciones o atributos, significa robustecer su personalidad, y cuanto mas se robustezca o se afiance, tanto mayor derecho tendrá a defenderlo.³³

Si el hombre es un ser "sociable por naturaleza", como lo indica claramente el "Contrato Social", los derechos inherentes a su personalidad, como lo expresa el autor en cita, hacen parte de esa sociedad como un todo, vale decir: entra a esa sociedad, comunidad, o colectividad, no importa la denominación que se le dé, con todos los derechos que son inherentes, y de allí, cualquiera sea la teoría aplicable, puede ejercitar la defensa de esos derechos, así sea que se les considere individuales, o bien haciendo parte de la colectividad a la que pertenece.

³³ LUIS P. SISCO. Obra cit. Pág. 291.

Desapareciendo esos atributos: reputación, bienes, fama, etcétera. Desaparece la personalidad, y no quedarían bienes defendibles por ello, si la ley le faculta, son defendibles toda clase de derechos, porque la ley, concretamente la colombiana, como producto de sus características de ser "genérica", no especifica en forma determinada los bienes defendibles, concluyéndose, por simple lógica jurídica, que no existe restricción alguna con respecto a los bienes defendibles, sean propios o colectivos. Y mas diciendo aún, es el siguiente criterio: "El instinto de la propia conservación, el sentimiento de la personalidad obliga al hombre a defenderse a sí mismo y a sus derechos, el amor a la familia lo arrastra a defender a sus parientes; La generosidad, el amor a lo justo, la sublevación natural contra la opresión que el fuerte ejercita contra el débil, le impele a su vez a defender a los extraños. Si la ley no puede menos de respetar las primeras causas, también debe complacerse en las segundas y fomentar y

estimular las terceras".³⁴

En nuestro estudio, hemos analizado el actuar de grupos al margen de la ley, llámense guerrilleros, paramilitares, autodefensas o similares, hemos analizado igualmente, como ese actuar se ubica en la mayoría de las veces estando de por medio al fenómeno violento, que no discrimina la vida y la integridad personal de los asociados, de la comunidad o colectividad de la que se hace parte en el momento histórico por el que pasa Colombia. Pero ese actuar violento incide y afecta los derechos personales, personalísimos, y se proyecta sobre los bienes del ciudadano sin discriminación de raza, credo o filiación política.

Analizando de manera imparcial, como lo hemos hecho, el fenómeno de la violencia, puesto en relación directa con el actuar de los grupos armados al margen de la ley, vemos que surge una

³⁴ LUIS P. SISCO, citando a Pacheco, obra cit Pág. 301.

respuesta de la comunidad, que se traduce en figura jurídica, suficientemente analizada en su estructuración, que viene a ser una respuesta conforme a derecho, y que no es otra que la legítima defensa ejercida por los asociados, para la protección de derechos tutelados por la ley, ante la ausencia estatal para asumir esa defensa.

Independientemente de la ideología, que pueda orientar al grupo armado violento, la contraparte, o sea aquel, o aquellos contra quienes se ejerce la violencia, surgen entonces los opositores a esa violencia actual, injusta, inminente, necesaria y en desarrollo de la problemática planteada en nuestro estudio para llevar a feliz término el mismo, en ningún momento podríamos identificarnos ideológicamente con ninguno de los violentos alzados en armas. Genéricamente, vemos que los fenómenos sociales que han desembocado en su actuar, generan violencia, y como es bien sabido que: "La violencia genera violencia", entonces los afectados a su vez asumen actitudes y conductas, que hasta cierto punto de

vista pueden calificarse violentas, pero en el fondo viene a ser una defensa, la más de las veces legítima, en aras de proteger sus derechos individuales y/o colectivos, materiales y/o inmateriales, como ya se dijo, en ausencia de la presencia estatal para asumir esa defensa, en las condiciones que la plantea la Constitución Nacional.

A ciertos y determinados grupos armados, que ejercen violencia dentro de nuestro territorio, se les ha dado el status político; De ahí que haya surgido lo que en su oportunidad se denominó la "Zona de Distensión", y se implementara dentro de ese territorio la llamada "Mesa de Conversaciones" territorio y mesa donde se planteaban y discutían propuestas eminentemente políticas de ambas partes; oficiales, insurgentes y civiles al margen de la ley, pero con un fin determinado cual era la búsqueda de la tan anhelada paz. Nos estamos refiriendo al grupo armado de extrema izquierda por antonomasia en Colombia, como lo son las "Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia" (FARC) que a

través de sus dirigentes exigieron que para acudir a la mesa de conversaciones se les debía reconocer su "status político".

A pesar del transitorio fracaso de las conversaciones llevadas a efecto con las FARC, el gobierno nacional, evidentemente ante el desmesurado actuar violento de otras agrupaciones de izquierda, se vio en la necesidad de entrar en conversaciones tendientes a un posible cese de actividades, con miras a obtener la paz, con otras agrupaciones de izquierda, como sucedió con el denominado "Ejército de Liberación Nacional" (ELN), en Cuba.

El proceso, tendiente a la obtención de la paz, es lento, pero debe ser progresivo, así lo demuestra constantemente la historia, y grupos que inicialmente se marginan o los han marginado del proceso, a la postre inician y culminan el mismo.

Hasta el momento, nos hemos referido a grupos ideológicamente conocidos como de izquierda. Pero también dentro del estudio hemos señalado a grupos que han surgido y que aplican la violencia indiscriminada, pero ideológicamente contrapuestos a los guerrilleros, como son los grupos de la derecha, llámense "Derecha" atenuada, o llámeseles "extrema derecha", ya sean "autodefensas", o "paramilitares".

Dentro de la confrontación político-armada, por la que atraviesa Colombia, ante la multiplicidad de divergencia política, y pese a calificativos de "terroristas" que se le ha dado a algunos grupos por organismos internacionales, a la postre en aras de la paz, esos grupos convergerán en la "mesa de conversaciones", y nos referimos concretamente a las disueltas conversaciones con las FARC, y al inicio o avance con otros grupos, caso del ELN, "Autodefensas" y "Paramilitares". Significa lo anterior, que el

incremento de la violencia, provenga del grupo que provenga, generará más violencia, violencia que altera el orden social imperante, con incidencia en el orden constitucional vigente, y para poner límite, o fin a esa violencia, surgen las conversaciones de paz.

En Colombia, de manera concreta, puede precisarse sin mayores miramientos que esa violencia tiene plenamente identificados ribetes políticos, y el proceso de paz, hágase con quien se haga es en búsqueda de la paz, objetivo primordial de cualquier gobernante actual, máxime lo es en territorio colombiano. Pero esa violencia desatada, y la respuesta a la misma, con más violencia, tiene fijados límites por parte de organismos internacionales, y por ello se habla de límites en la confrontación armada, límites en la guerra, derecho de guerra, y de allí se desprende también una serie de pautas para esos enfrentamientos armados, que incluso, al desbordarse dan lugar la convocatoria de tribunales internacionales.

En aras a la protección de los derechos tutelados para cada uno de los enfrentados, con proyecciones hacia la población civil, se hace necesario en el capítulo siguiente referirnos al Derecho de Guerra, los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario.

5. CONFLICTO ARMADO Y DERECHOS HUMANOS.

5.1 DERECHOS HUMANOS.

El hombre común, entendiéndose como tal, aquel que se encuentra al margen de la confrontación armada, está dotado de derechos los cuales se complementan con deberes, máxime dentro de una zona, territorio o país, en donde se presenta la confrontación, poniéndose en vigencia la legislación del país, complementadas por las normas que rigen el Derecho Internacional Humanitario. Acá debemos destacar el aparte que se transcribe, que da idea clara del camino a seguir:

“En esta nueva democracia nadie podrá alegar que es de mejor categoría. Esta constitución se ha hecho para que convivamos todos civilizadamente bajo un mismo techo, respetándonos mutuamente y recibiendo el trato justo que nos merecemos. Pero que impide la tolerancia, que escuchemos las ideas ajenas, no significa que abandonemos las propias. Significa que todos podremos expresarnos libre y plenamente, que hemos adoptado nuevas reglas de juego para que dejemos de pelear con enemigos y pasemos a dialogar como contradictores.”³⁵

Sintetiza el aparte transcrito, los ideales de paz del pueblo colombiano, donde está de por medio la tolerancia, el trato justo, el respeto mutuo, con la adopción de nuevas reglas y condiciones que deben estar de por medio en la confrontación armada, hasta obtener el objetivo anhelado de la paz.

Pero para ceñirnos a esos postulados, y finalmente obtener el fin, se debe transitar a través de los “derechos humanos”. El reconocimiento de la dignidad humana se materializa en los

³⁵ CESAR GAVIRIA TRUJILLO. Nova et Vetera. Boletín del instituto de derechos humanos, ESAP. Nº 8, Pág. 8.

derechos humanos, mereciendo la más ferviente defensa colectiva de los mismos.

Los Derechos humanos resultan ser históricamente la razón última del constitucionalismo moderno, cuyo origen no puede entenderse sin la proclamación de los mismos por el mundo occidental desde 1.789, con la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", que establece los principios básicos de un sistema Democrático, ya que se consagra los derechos de las personas base de su integridad y el pleno ejercicio de su libertad, dentro del respeto mutuo de los semejantes. Esta declaración fue sometida a voto por el Constituyente Francés el día 26 de agosto de 1.789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fue traída, traducida y publicada por el precursor de esos derechos humanos en Colombia, Don Antonio Nariño en 1.794, quien al lado de otros precursores de nuestra independencia se nutrieron con

esta filosofía, que viene a ser la esencia en que se fundamenta nuestra organización democrática.

A la terminación de la segunda guerra mundial, se le dio por primera vez en la historia, el valor que correspondía en la realidad a los Derechos Humanos, y fue

así como los países miembros de las Naciones Unidas (ONU), proclamaron el día 10 de Diciembre de 1.948 la "DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS" y posteriormente surge la "Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales" Roma 04 de noviembre de 1950, luego la "Convención Americana sobre Derechos Humanos ". " Pacto de San José de Costa Rica" 22 de noviembre de 1969.

5.2 NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Sobra recordar el postulado según el cual: “solo el hombre es sujeto de derechos y obligaciones”, en otras palabras: los derechos humanos son inherentes a la persona, considerada como tal, y sólo el hombre es sujeto del derecho.

La Personería Municipal de Manizales, intenta la siguiente definición: “Los Derechos Humanos, son una propuesta de interpretación permanente de lo que somos y representamos los seres humanos”.³⁶

El hombre es considerado dentro del concierto de la creación como el único ser dotado de inteligencia, con suficiente capacidad de razonar y discernir, por lo tanto requiere de facultades para poder ejercer y satisfacer sus necesidades y aspiraciones materiales, individuales y sociales, que llegan incluso a su fuero sico-espiritual, esas facultades son los Derechos Humanos.

³⁶ Serie documental: “Los Derechos Humanos”, publicación de la Personería Municipal de Manizales. 1.997 Pág. 6.

Cualquiera sea la definición por la que se opte, se puede concluir que los valores de los que se ha dotado al hombre, para garantizar su convivencia, su dignidad, razón y justicia, son los Derechos Humanos, Y en la medida en que esos valores, o facultades sean violadas, se viola igualmente los Derechos Humanos.

Al publicarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1.948, se dijo en su preámbulo que la dignidad es Inherente a toda persona, y que la violación de los Derechos Humanos parte del desconocimiento de esa dignidad, y en el desconocimiento de sus bienes jurídicos, que son a su vez iguales e inalienables para toda persona.

En el Derecho Romano, ya se conocía y aplicaba la institución que hoy prevalece, que tiene pura esencia de derecho incluso internacional como lo era el "Jus Gentium", (Derecho de Gentes),

que era aplicable a todo el pueblo romano, sin distingo de clase, credo o posición social, reglas que se hacían extensivas en su aplicación a los extranjeros, incluyéndose a los Bárbaros.

Ese "Jus Gentium", y las normas que de él se desprendían, embrionariamente vienen a constituirse en la fuente de los Derechos Humanos consagrados en la carta de la ONU a partir de 1.948.

De ese "Jus Gentium", se desprenden conceptos elementales, como lo son la "guerra justa", "El derecho de guerra", El Derecho Internacional Humanitario, y de allí a su vez surgen los Tribunales de Guerra, la moderna Corte Internacional de Justicia, y las tan nombradas Organizaciones no gubernamentales (ONG), organismos todos tendientes a la humanización de los conflictos humanos y el respeto a la dignidad humana.

Innegable es, que en el devenir violento que identifica a Colombia,

se presentan actos de tal magnitud de barbarie, que necesariamente obligan a la adopción de medidas no solo a nivel nacional, sino también de carácter internacional tendientes a poner límite al desbordamiento de esa violencia y esa barbarie. Esas medidas se adoptaron, en primer lugar y con respecto al campo internacional, adhiriendo al país al Tratado, o Declaración de Derechos Humanos, por ser nuestro país integrante de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a los demás tratados mencionados. En segundo lugar, y con respecto a la adopción de medidas de carácter nacional, se tomaron prevenciones que fueron evolucionando a la par con el conflicto que hacía necesario su revisión e implementación como el Acto Legislativo 01 de 1997, adoptando la extradición, la Ley 387 de 1997, por medio de la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado... por la violencia en Colombia, la Ley 589, por medio de la cual se tipifican el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; la Ley 599, nuevo Código Penal y la Ley 600, nuevo

Código de Procedimiento Penal, entre otros actos legislativos.

La innovación introducida en el nuevo estatuto sustantivo penal, radica esencialmente en la tipificación de conductas punibles relacionadas directamente con el "Jus Gentium", como por ejemplo el "genocidio", el título II capítulo único que protege de manera específica el "Derecho Internacional Humanitario" y otras figuras jurídicas que serán de análisis en un capítulo subsiguiente, y que no son más que protecciones, hasta cierto punto excesivo de los Derechos Humanos

Pasamos, al análisis correspondiente sobre el Derecho Internacional Humanitario, consecuencia de los Derechos Humanos.

5.3 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Dentro del tema de los Derechos Humanos, y ubicando la problemática dentro del territorio colombiano, y aún haciéndola extensiva al campo internacional, surge una pregunta obvia y hasta cierto punto de vista lógica: violan los guerrilleros los derechos humanos?. En el caso de la problemática colombiana, el Interrogante se hace extensivo a los demás grupos al margen de la ley que se encuentran levantados en armas, caso concreto de las ya analizadas autodefensas, paramilitares y similares.

Para responder con precisión al interrogante planteado, se debe hacer distinciones fundamentales.

Si por "Violación de los Derechos Humanos" se entiende toda acción u omisión con la cual se vulnere o amenace vulnerar un derecho fundamental inherente a la condición de "persona", como la vida, integridad personal, libertad individual, libertad de prensa, etc. Cualquiera sea la condición o calidad del autor del hecho atentatorio, es claro que no solo los guerrilleros, autodefensas,

paramilitares y similares, al igual que el delincuente o el ciudadano común, puede ser sujeto activo y ser acusado de violar los derechos humanos.

A pesar del anterior planteamiento, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina internacional, se emplea la expresión: "Violaciones de los Derechos Humanos", para referirse a los hechos realizados por personas, cuyo actuar no compromete en forma alguna al ente estatal. Cuando una de estas personas, a título meramente personal, vulnera o amenaza vulnerar los derechos humanos, con actuar delictivo o contravencional, nos encontraremos frente a un hecho punible, que viene a ser una conducta típica, antijurídica y culpable, bien a título de dolo o culpa. Se dilucida así, la vieja controversia, en el sentido que cualquier persona ajena a cualquier conflicto o confrontación, no puede ser titular o agente activo de la violación de los derechos humanos.

Inicialmente, los actos ejecutados por los grupos al margen de la

ley, llámense como se llamen, no violan los derechos humanos, ni el Derecho Internacional Humanitario, y se hablará entonces que incurren en hechos punibles o contravencionales, descritos en las respectivas legislaciones del país que se trate, en este caso concreto Colombia.

Ha expresado la doctrina nacional, aplicable al ámbito internacional, que se hablan de: "Infracciones del Derecho Internacional Humanitario, cuando se trata de conductas en las cuales concurren dos elementos característicos, a saber:

1. Estar prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario a todo aquel que sea parte en un conflicto armado interno.
2. Estar previstas como hechos punibles en la Legislación Penal Colombiana.³⁷

Desde luego, que las infracciones al Derecho Internacional Hu-

³⁷ Revista. Su Defensor. Nº 6 enero de 1.994, Pág. 8

manitario, pueden también ser cometidas por agentes del Estado, vale decir personas vinculadas con el Estado, pero que toman parte en el conflicto armado. Ejemplo: el Secretario de Educación de Caldas, o el Rector de la Universidad de Caldas, son agentes del Estado, pero no toman parte activa en el conflicto armado, como sí lo hacen los integrantes del ejército, cuerpo de policía, organismos de inteligencia estatal. Surge entonces la pregunta lógica: Que es el Derecho Internacional Humanitario?, y se responde:

“Es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que, con el fin de solucionar los problemas humanitarios generados por las hostilidades, se aplican a los conflictos armados internacionales o internos. Tales normas limitan los métodos y medios de guerra utilizados por las partes contendientes, y otorgan protección a las personas y los bienes que esos conflictos afecten o puedan afectar.

Son normas consuetudinarias las que han surgido de la costumbre, esto es, de una práctica común aceptada por los Estados como obligatoria. “Son normas convencionales las que hacen parte de los Tratados”.³⁸

Se desprende de la definición, que los principios que sirven de

³⁸ Revista. Su Defensor. Nº 7. febrero de 1.994 Pág. 5

fundamento al Derecho Internacional Humanitario, aplicable al conflicto interno, es la de la limitación del empleo de la fuerza por quienes participan en las hostilidades, y el de hacer distinción entre combatientes y no combatientes, aclarando que el conflicto interno se distingue del internacional cuando se desarrolla entre fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes, cualquiera sea la denominación que se les de, o que se den: guerrilleros, autodefensas, paramilitares y similares, en el caso de la problemática colombiana que hemos planteado.

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario, dentro del marco de un conflicto interno, no suprime, como tampoco disminuye las atribuciones que el Estado ejerce para conservar su territorio, preservar el orden público, para restablecerlo si se ha alterado, investigar hechos punibles derivados del conflicto e investigar a los infractores aplicando las correspondientes sanciones a quienes sean hallados responsables, pues no

podemos olvidar que el régimen gubernamental vigente al momento del conflicto, debe ser preservado, o tratar de preservarse de acuerdo al orden institucional vigente. Y de allí que el nuevo estatuto sustantivo penal, como innovación trae capítulo aparte dedicado precisamente a erigir en conductas punibles, hechos que se tipifican y que son atentatorios y/o vulneran el Derecho Internacional Humanitario, como lo analizaremos posteriormente, todo ello como emanación de la Constitución de 1.991 a través del artículo 214.2 que expresa: "En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario", norma que establece los parámetros a los cuales debe someterse el gobierno durante los estados de excepción.

Se dilucida entonces, la calidad de quienes tienen carácter de sujeto activo y sujeto pasivo dentro de la confrontación armada interna, reiterando que el mismo Estado, cuando a través de sus agentes, o por iniciativa propia, pero delegada en sus agentes o

representantes extralimita el ejercicio de la fuerza armada, que le dota la Constitución, y afecta a combatientes y no combatientes. A la inversa el sujeto pasivo es el no combatiente, e incluso el mismo combatiente cuando se extralimitan las reglas propias dadas por el Derecho Internacional Humanitario.

5.4 EL DERECHO HUMANITARIO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

La Constitución Nacional Colombiana, expedida en 1.991, se refiere al Derecho Internacional Humanitario, regulando dos de sus mas importantes materias: La de la prevalencia de los tratados sobre Derechos Humanos y la de los estados de excepción.

En la Constitución Nacional derogada, la única referencia que

encontramos sobre el Derecho Internacional Humanitario, era la que consagraba en su artículo 121 en el sentido de que: "Las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes... para la guerra entre naciones". Se aprecia que no se había producido avance alguno significativo con relación al tema.

Al irse agudizando el conflicto interno, el legislador tuvo en cuenta, al expedirse la nueva carta, que era necesario y prevalente elevar a canon constitucional la regulación de las dos más importantes materias, referentes al Derecho Internacional Humanitario, cuales son: La prevalencia de los tratados sobre Derechos humanos y la de los Estados de Excepción.

El artículo 93 de la Carta Magna, dispone: "Los Tratados y los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en

los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Haciendo interpretación, vemos que el canon constitucional, no se refiere únicamente a pactos, convenciones y protocolos que integran el Derecho Internacional Humanitario, sino que ello se hace extensivo a todo lo referente a los “Derechos Humanos”, trátase de conflicto internacional, o trátase del conflicto interno, o sea que no se limita el canon constitucional a aquellos derechos que son salvaguardados por el Derecho Internacional Humanitario, sino también que se hace extensivo a todos los derechos fundamentales, de todo ser humano frente al Estado, y que corresponde o son inherentes a la dignidad humana.

Incluye el legislador dentro del contexto del artículo 93 la expresión: “...y que prohíben su limitación en los estados de excepción...”.

Los estados de excepción que la constitución consagra son tres: Estado de Guerra Exterior, Estado de Conmoción Interior, Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica, a los cuales le son aplicables durante su vigencia todo lo relativo a la preservación de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario.

Los artículos 212, 213 y 214 de la Constitución Nacional, se refieren: De manera específica a la preservación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en vigencia de los "estados de excepción" previstos por la misma carta. El inciso segundo del artículo 214 hace mas expresa esa prohibición al decir: "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados

internacionales.

Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos, mandato que consideramos oportuno incluir por el legislador, pues sabido es, que durante esos "estados de excepción", se restringen algunos derechos y libertades individuales, y era conducente, prever posibles excesos en que pudiese incurrir el gobierno al decretar esos estados.

Con la norma precitada, el constituyente de 1.991 incluye la normatividad humanitaria entre los factores que limitan y atemperan el ejercicio de los " estados de excepción ", declarados a través del ejecutivo. Por mandato expreso de la misma constitución, el Estado colombiano tiene ahora el deber u obligación de observar en todo conflicto armado, de carácter internacional o nacional, las normas consuetudinarias y convencionales que la comunidad internacional ha adoptado para

reglamentar la manera de hacer la guerra interna o externa, para dar protección a las víctimas de ésta, tendiente todo ello a la humanización de la contienda bélica, humanizando el conflicto.

5.5 CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, ADHESIÓN DE COLOMBIA.

Los convenios de Ginebra de 1.949, denominado también: "Derecho de Ginebra", fueron aprobados y suscritos por inmensa mayoría de los países miembros de la "Organización de las Naciones Unidas" (ONU), el día 12 de agosto de 1949, como legado de la segunda guerra mundial, y contiene el más amplio compendio ideológico y práctico de la comunidad internacional que propendía por la protección a la persona, contra las miserias y atropellos que conlleva el conflicto armado, sea interno o internacional.

Colombia adhirió a esos Tratados contentivos de normas que la propia república (como ente jurídico), y el gobierno de turno, con sus fuerzas armadas o combatientes activos, tienen la obligación de observar cuando se presenten conflictos internacionales o internos.

Los convenios de Ginebra de 1949 son cuatro, y cada uno tiene un artículo "3o" (tercero), común a todos ellos, de obligatorio cumplimiento dentro del territorio de la república de Colombia, háyase declarado o no un estado de excepción, aclarando que el cuarto convenio, se haya en la actualidad restringido para Colombia, o al menos no tiene aplicación práctica pues específicamente reglamenta lo relativo a la "confrontación naval".

El día 1º de septiembre de 1993, aunque tardíamente, el gobierno colombiano hizo depósito ante el "Consejo Federal Suizo", del documento de adhesión de nuestro país al "Protocolo Adicional 1 de 1977, aplicable a los conflictos bélicos internacionales, y para el

día 17 de agosto de 1993, el ministro de la defensa expidió la Resolución 17 sobre el Derecho Internacional Humanitario, y el 8 de septiembre del mismo año el Comandante General de las Fuerzas Militares de Colombia emitió su "Directiva N° 5", en la cual, dentro de su contexto se impartía instrucciones precisas que imponían el estricto cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus hombres.

En teoría se impuso a los colombianos el derecho de exigir a nuestras fuerzas oficiales combatientes que respeten y hagan respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario, quedando en entredicho el respeto y cumplimiento de esas normas básicas por parte de la contraparte, en este caso: guerrilleros, paramilitares, autodefensas y similares.

Inicialmente se presentó férrea oposición de ciertos sectores, a

que Colombia adscribiese a tales convenios, no obstante tratarse de demostrar la conveniencia de los mismos, especialmente para las víctimas del conflicto armado.

Las razones fundamentales alegadas por los opositores a la adhesión, se relacionan con la posibilidad que al entrar en vigencia los tratados en territorio colombiano se favoreciese y se beneficiase al "comunismo internacional", a las guerrillas y demás fracciones armadas. Entre los argumentos que esgrimieron en su oportunidad los representantes colombianos, estaba el que los Protocolos favorecían a los guerrilleros, que eran obstáculo para que el gobierno restableciera el orden público en caso que fuese perturbado, que facilitaba la posibilidad de la guerrilla para ser reconocida como facción beligerante, y por ende se culminase reconociéndoles "status político", que habría la posibilidad para la internacionalización del conflicto, que se propiciaba el tráfico de armas entre los sediciosos y otros países, y que en síntesis el

Derecho Internacional Humanitario era una conquista del comunismo y que solo sería un punto de apoyo de los sediciosos, al igual que esos Protocolos solo eran aplicables a conflictos regulares de la mas alta intensidad entre Estados que se declararan en guerra. Si se analiza detenidamente, los argumentos desfavorables, para tratar de impedir la adhesión de Colombia a esos tratados, vemos que son infundados, ya que existen razones de mayor peso desde el punto de vista político, en donde se deben imponer razones humanitarias, individuales y colectivas.

No se puede negar los beneficios que reporta el Derecho internacional Humanitario para las partes involucradas en tal conflicto, cuando se le da una correcta aplicación, favorece a los beligerantes enfermos, heridos y detenidos, tanto si son sediciosos o subversivos, o si son pertenecientes al ente estatal, por ende los combatientes, de todos los bandos, harán su guerra, pero dentro de los parámetros fijados por el Derecho Internacional

Humanitario, hasta tal punto, que dichas reglas deben observarse cuando uno de los combatientes no las respeta.

Las normas incluidas dentro de los Tratados de Ginebra, reportan, dentro del conflicto armado colombiano, un beneficio limitado, ya que para nadie es secreto las violaciones a esos tratados provenientes de los bandos, incluyendo el oficial o gubernamentales, de allí que las "organizaciones no gubernamentales", reiteradamente cuestionen los métodos salvajes y violentos empleados en el enfrentamiento, al igual que lo ha hecho la organización "Amnistía Internacional", quien periódicamente, en sus informes incluye a Colombia como uno de los países desconocedor de los Derechos Humanos por excelencia. A pesar de esas violaciones que lo limitan, la situación actual, después de la adhesión de Colombia la situación de subversivos enfermos y detenidos, es bien diferente, lo que se hace extensivo a la contraparte, (en algunas oportunidades), ya que son

recogidos y asistidos, y los que son detenidos, respetados y tratados de manera digna, que es uno de los objetivos humanitarios fundamentales.

El reconocimiento de beligerancia de uno de los grupos insurgentes, subversivos o sediciosos, se regula, por normas que fija el Derecho Internacional propiamente dicho, pero diferentes al Derecho Internacional Humanitario.

En la confrontación armada, se debe en todo momento distinción entre las personas que hacen parte de la población civil y los combatientes. Esa diferencia fija los parámetros para que los civiles no combatientes no sean objeto de operaciones bélicas, y para que la confrontación se circunscriba a los combatientes y a los objetivos militares o bélicos.

Según el derecho aplicable que rigen las confrontaciones armadas, se denomina "combatiente" a toda persona que toma parte directa e inmediata en las hostilidades. "Son combatientes" los miembros de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto y los miembros de organismos paramilitares o servicios armados incorporados a las fuerzas armadas, con excepción del personal sanitario o religioso. Estos últimos, no son civiles porque forman parte de los ejércitos, pero no son combatientes pues su misión no es combatir. También son combatientes las poblaciones de un territorio que, al acercarse el enemigo, se levantan contra él en forma espontánea.

"No combatiente" es todo individuo que no toma parte directa e inmediata en las hostilidades. No son combatientes los miembros de las fuerzas armadas que forman parte del personal sanitario y religioso y están dedicados exclusivamente a su cometido; los civiles que acompañan a las fuerzas armadas, sin formar parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo y servicios encargados del bienestar de los militares y miembros de las tripulaciones de la marina mercante y de la aviación civil de las partes contendientes; y los demás individuos civiles que constituyan la población civil".³⁹

³⁹ Revista Su Defensor. Nº 7 febrero 1994, Pág. 13

Como puede apreciarse, normativamente, los bandos armados en el conflicto colombiano, observan mínimamente el Derecho Internacional Humanitario. A manera de ejemplo se tiene certeza que miembros de las fuerzas militares, han ejecutado a personas o grupos de personas, netamente civiles, bajo sindicación que se trata de subversivos; se acude a la tortura frecuentemente, y a las ejecuciones extrajudiciales. Por su parte los grupos al margen de la ley emplean sistemas aberrantes como el secuestro simple o colectivo, la ejecución indiscriminada de habitantes de determinados sectores, el secuestro de aeronaves civiles, secuestro colectivo de organismos deliberantes, como el caso de los Diputados de la Asamblea del Valle.

A pesar de la agudización del conflicto, como Colombia adhirió a los tratados de Ginebra, las partes confrontadas deben regirse por ellos, aunque teóricamente, porque en la práctica se desvirtúa su

aplicación. Sin embargo son parámetros, que pausadamente deben irse aplicando para "humanizar la confrontación".

A cargo de los enfrentados, está el denunciar las violaciones a los protocolos, como también lo hacen organismos estatales, las "Organizaciones no combatientes y sin carácter gubernamental", y "Amnistía Internacional", pero el Juez máximo es el propio pueblo, el ciudadano que es afectado por las violaciones.

La adhesión de Colombia al Tratado de Derechos Humanos, y al Derecho Internacional Humanitario, como consecuencia de la inusual violencia que caracteriza el conflicto Colombiano, ha traído como consecuencia que al expedirse la Ley 599 del año 2.000, que entró en vigencia el 24 de julio del año 2.001, el legislador tipificase conductas tendientes a preservar el Derecho Internacional Humanitario, y como consecuencia secundaria el que

ciertos delitos, específicamente señalados, puedan ser juzgados por la Corte Internacional de Justicia, consecuencias que analizaremos en capítulos siguientes.

6. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN COLOMBIA

6.1 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

Considerando que la promoción y protección de los Derechos Humanos es una cuestión prioritaria dentro del concierto de la comunidad internacional, se hacía necesario implementar mecanismos tendientes a ese fin, afirmándose así que esos Derechos Humanos tienen origen en la persona humana y su dignidad, que son universales e indivisibles. Fue así, como la nueva legislación penal, incluyó nuevas conductas típicas relacionadas con el tema, y se dio un paso de avanzada en

relación con el Derecho Penal Internacional.

El derecho Penal Internacional, prácticamente surge a la vida jurídica, con el pronunciamiento hecho por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (ONU), aprobada por la "Asamblea General" en 1950, promulgándose principios de aplicación internacional.

Principio I: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de Derecho Internacional, es responsable de él y está sujeta a sanción."

Principio II. "El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad

En derecho internacional a quien lo haya cometido".

Principio III. “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”.

Principio IV: “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.

Principio V: “Toda persona acusada de un delito de Derecho Internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el Derecho.”

Principio VI. Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de Derecho Internacional.

a) Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales.
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso (i)

b) Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el

maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la humanidad:

“El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo para perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.

Principio VII. “La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye así mismo delito de

derecho internacional".⁴⁰

Aparte de la pésima redacción del estatuto transcrito, emanado de las Naciones Unidas, comisión de derecho internacional, se advierte, si aplicamos dicho estatuto en su integridad al conflicto armado colombiano, podemos deducir que todos los miembros de las facciones armadas, incluyendo el mismo Estado Colombiano y sus representantes, serían en el momento actual, sujetos de aplicación de la normatividad internacional. No se hace necesario analizar principio por principio para llegar a esta conclusión, poniéndose si, de presente, que al avanzar un poco más en la confrontación armada, o una vez finalizada ésta, muchos serán los colombianos llamados a responder ante el Tribunal Internacional de Justicia.

Hecho de trascendencia, dentro del mismo estatuto, es que se fija una competencia que está por encima de la normatividad penal o

⁴⁰ COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Publicación de la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos"1ª edición, marzo de 2.001, Págs. 469 y 470.

procedimental del país adscrito, dando supremacía al Derecho Internacional. Vemos como, en el Principio II, expresamente se enuncia:

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

Si analizamos detenidamente este principio, vemos que el Derecho Internacional tipifica conductas no previstas dentro de la normatividad penal sustantiva colombiana, que se hace ello extensivo a la normatividad adjetiva, y que en un determinado momento, perfectamente puede llamar a responder en juicio a personas, por hechos ajenos a estas normatividades, aunque este vacío jurídico empieza a subsanarse con la expedición de la Ley 742 de junio 5 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, proferido en Roma el 17 de julio de 1998, en donde se afirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación Internacional para asegurar que sean efectivamente sometidas a la acción de la justicia y se decida poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes, por esto se destaca que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales y establecen como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional los siguientes: El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de agresión y muy claramente el Estatuto Penal de la Corte consagra la cobertura y explicación de cada unos de estos crímenes en una forma muy clara y precisa.

Se pone en entredicho, lo relativo a las conversaciones sobre la paz, y los convenios que de ellas surjan, pues si en un momento determinado se logra un acuerdo, sobre puntos y aspectos básicos de índole penal, previstos, o no, dentro de la normatividad

colombiana, con posterioridad esas personas, pueden ser llamadas a responder jurídicamente ante la jurisdicción penal internacional. A manera de ilustración, podemos ver que el enunciado transcrito, en ninguno de los principios, se hace alusión al narcotráfico, y sabido es, que en Colombia ciertos grupos que toman parte en enfrentamiento armado, las FARC, o las autodefensas han sido acusadas de financiar sus actividades bélicas con dineros producto de dicha actividad. En un momento histórico se obtiene el acuerdo de paz y se suscribe, no se hace alusión en ese acuerdo a la forma en que el movimiento se financió y los firmantes empiezan a disfrutar de la tan anhelada paz. La Corte Internacional de Justicia Penal, perfectamente puede judicializar tal acto, lo que acarrearía grave trastorno para la paz lograda.

Otro ejemplo valedero, lo constituye, cuando en un momento determinado, y después de perpetrarse una toma guerrillera, o toma de rehenes, estos sean llevados por las facciones a laborar a su servicio, por decir obligarlos a trabajar para ellos, ya sea en

labores agrícolas, ganaderas, mejoramiento o construcción de vías de acceso, etc. Estas personas que cometen el acto, si ello no se prevé en la legislación penal colombiana, pueden llegar a ser sujetos del Derecho Penal Internacional. Ello explica en cierta medida, el porque los Estados Unidos, se han apresurado a solicitar en extradición a algunos ciudadanos colombianos, que no es mas que allanar el camino, y la posibilidad que esas personas una vez culminado el conflicto, deban comparecer ante La Corte Internacional de Justicia, lo que muy pronto parece va a ocurrir, de continuar la confrontación como se ha venido haciendo.

6.2 FICCIÓN O REALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

La ficción o realidad de la aplicación y observancia del Derecho Internacional Humanitario, es tema de discusión, no solamente a nivel colombiano, sino que dicha problemática se hace extensiva al

campo internacional.

Se insiste, en que la segunda guerra mundial dejó como legado la entronización dentro del seno de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos y por ende el Derecho Internacional Humanitario. Se tiene entonces un punto de partida con respecto a los tribunales internacionales de justicia, y es considerado como antecedente remoto: El Tribunal de Nuremberg, instalado por los vencedores de la conflagración mundial, en contra de los vencidos.

A pesar que en El Tribunal de Nuremberg, como es sabido, se produjeron múltiples sentencias de muerte, que fueron ejecutadas, y que proscribía actualmente la misma carta de las Naciones Unidas (ONU), y se produjeron sentencias de prisión perpetua, ello ha sido antecedente para que en los múltiples conflictos armados a nivel internacional e interno, se siga violando los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Basta decir como ejemplo la actual Corte Internacional de Justicia, instalada en Roma, para juzgar los crímenes y violaciones cometidas en la guerra entre Bosnia y Herzegovina. Y qué decir del Tribunal Internacional de Justicia de París instalado para juzgar al ex - dictador Pinochet.

Si nos remitimos nuevamente, al análisis de los sujetos activos y pasivos, a los cuales va dirigida la normatividad internacional sobre la humanización del conflicto, vemos que como sujetos pasivos se encuentran no solo los jefes de Estado, sino también sus representantes armados dentro del conflicto, y los civiles que tomen parte en la confrontación en condición de contraparte, vale decir: guerrilleros, autodefensas, paramilitares y similares.

En el terreno colombiano, no se cumplen los parámetros fijados por el Derecho Internacional, y surge de allí el concepto de la relativa aplicación de esa normatividad, como en la práctica sucede y ha sucedido en otras partes del mundo, caso de la actual

confrontación Palestino-Israelí, y de allí que se pregone la ficción de la normatividad internacional, por ello ha expresado que:

“Hasta hoy, infortunadamente, el Derecho Internacional Humanitario sólo ha conseguido articularse como referente simbólico- implícito, pero no como pauta comportamental para los partidos en conflicto”.

En una perspectiva miope de victoria militar, el Derecho Internacional Humanitario sigue siendo todavía, para el ejército y para las guerrillas, medio y no fin.

Dentro del marco del conflicto de legitimidades o de ilegitimidades en que consiste la confrontación armada presente entre el estado y las guerrillas, el Derecho Internacional Humanitario está siendo instrumentalizado, exclusivamente, para buscar la deslegitimación del enemigo.⁴¹

Razón plena asiste al tratadista en cita, al expresar que el Derecho

⁴¹ IVAN OROZCO ABAD. Combatientes, Rebeldes y Terroristas, Guerra y Derecho en Colombia. Editorial Temis 1992, Pág. 217.

Internacional Humanitario se ha convertido en referencia simbólica, y que no ha servido como pauta comportamental para las facciones enfrentadas, no descartando de ese simbolismo ni al ejército colombiano, ni tampoco a la guerrilla, haciéndose eso extensivo a las otras facciones como las autodefensas y paramilitares. Más grave aún: el tratadista expresa criterio bien conocido dentro del ámbito colombiano, en el sentido que el Derecho Internacional Humanitario: "este siendo instrumentalizado, exclusivamente, para buscar la deslegitimación del enemigo", y como ejemplo, vemos continuamente como el gobierno nacional, a través de todos los medios de información, hace ver, que la causa del detrimento económico colombiano radica en las acciones guerrilleras, y que la víctima en últimas no es el gobierno sino directamente la población civil que sufre esas consecuencias del desbarajuste económico. El gobierno acude diariamente a utilizar el Derecho Internacional Humanitario para desprestigiar al enemigo, endilgándole su violación con la colocación de las famosas "minas quiebra-patas".

Vemos el Estado utilizando el Derecho Internacional Humanitario como medio de desprestigio de su enemigo, y no como un fin a lograr. A su vez, la contraparte del conflicto colombiano, llámese guerrilla, autodefensas o paramilitares se empeñan en capturar uniformados y retenerlos por años, haciendo extensiva esta actuación a civiles, como en el caso de los civiles secuestrados en la Iglesia de la María en Cali, o el secuestro o retención de los miembros de la Asamblea del Valle.

No se puede desconocer la realidad del conflicto armado colombiano, ya que el Derecho Internacional Humanitario, es utilizado o "instrumentalizado", como medio, y no como fin, que sería el ideal, plasmándose de manera patética, que ese fin está aún muy lejos de obtenerse y que la normatividad internacional humanizante para el conflicto, en Colombia es sólo una ficción. Ello, en cierta medida explica la razón de ser de la Corte Internacional de Justicia, que en la práctica, con sus procesos,

está a las puertas de irrumpir en Colombia con sus consecuencias jurídico-penales.

6.3 DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL COLOMBIANO

Los instrumentos que conforman el Derecho Internacional Humanitario, entran a hacer parte del Derecho Internacional público, y todas las disposiciones en él incorporadas hacen parte del "Jus Cogens", o sea el "Derecho de los Tratados", según definición de la "Convención de Viena" de 1969, aprobada para regir en Colombia por la Ley 32 de 1985, como consecuencia se hacen obligatorios para los Estados adherentes. Se trata de un catálogo mínimo de carácter ético aplicable a los conflictos armados que involucren a dicho Estado, sean estos de carácter internacional o nacional, y que en esencia obliga a los combatientes a observar ciertos principios humanitarios, como en

el caso del respeto integral a la población civil, médicos, paramédicos, y asimilables, que quedan excluidos por su condición a la calidad de combatientes.

En síntesis, las normas del Derecho Internacional Humanitario tienden a disminuir las consecuencias de los conflictos armados, garantizando la protección y la asistencia de quienes sean víctimas, sin detenerse a observar la legalidad, o no del uso de la fuerza por parte de los combatientes, como tampoco observa si hay justicia, o no en la causa aducida por los enfrentados. Viene a ser un Derecho independiente a los motivos originarios del conflicto, que rige desde el inicio de las hostilidades, culminando cuando cesan los efectos sobre las personas, contemplándose por lo tanto mecanismos referentes a prisioneros, repatriaciones, deportaciones, rehabilitación de combatientes y víctimas del conflicto, incluyéndose la búsqueda de los desaparecidos a raíz del conflicto, lo cual no es tema fundamental en esta monografía y por tanto excluirémos este aparte y nos concretamos en el

aspecto penal.

6.3.1 Breve Reseña Histórica que Antecede a la Legislación Penal Colombiana sobre Derecho Internacional Humanitario.

Como lo expusimos oportunamente, Colombia se hizo partícipe en la Conferencia de Ginebra entre 1974 y 1977, cuyo tema fueron los Protocolos adicionales a los "Convenios de Ginebra" de 1949, y vimos como el gobierno colombiano no adhirió inmediatamente a dichos protocolos, por razones que ya analizamos suficientemente, entre ellas la fuerte oposición de las fuerzas militares, se argumentó también que esa adhesión implicaba dar ventaja a la subversión y al Comunismo que era un menoscabo para la soberanía nacional.

Durante las administraciones ejecutivas del Dr. Alfonso López Michelsen y Julio Cesar Turbay Ayala, por las razones antepuestas no se realizó gestión alguna encaminada a adherir a los Protocolos I y II de Ginebra de 1977.

En el período correspondiente al gobierno del señor Belisario Betancur, cursaron dos proyectos ante el Congreso de la República tendiente a la aprobación de los Protocolos I y II, coincidente ello con el inicio del "Proceso de Paz". Se destacó en este período el apoyo prestado por la denominada: Coordinadora Guerrillera "Simón Bolívar", ya que ellos consideraban que con la aprobación de los Protocolos se daría un paso adelante en el inicio de las negociaciones de paz. La decisión final del Congreso fue frustrante, ya que no hubo aprobación alguna de los protocolos.

Durante el gobierno del Dr. Cesar Gaviria Trujillo, se presentó nuevamente ante al Congreso un proyecto de ley tendiente a la ratificación del Protocolo I adicional de Ginebra, que solamente tiene de tema regular conflictos exclusivos de Estado a Estado. El tiempo apremiaba, y no se produjo aprobación alguna ya que no se alcanzó a estudiar el proyecto en una segunda legislatura del Congreso, como lo prevé la ley constitucional. Pero debemos

aclarar, que la denominada "Asamblea Nacional Constituyente", dio origen legal a lo que se denominó "El Congresito", y dicho protocolo fue aprobado con fundamento en el artículo 58 transitorio, incluido en la Constitución.

Fue así mismo, que durante el gobierno del Dr. Gaviria Trujillo, que se desarrollaron en territorio Mexicano los que en su oportunidad se denominaron: "Los Diálogos de Tlaxcala". Y fue durante esas conversaciones en donde el presidente Gaviria, puso como condición a los representantes guerrilleros: que pondría mediante proyecto, a consideración de los debates en el Congreso la aprobación del Protocolo II de Ginebra de 1977, siempre y cuando hubiese voluntad manifiesta de la guerrilla de vincularse a un proceso de paz. Como es sabido los "Diálogos de Tlaxcala" fracasaron, y por ende se suspendieron los debates en el Congreso sobre adhesión al Protocolo II de Ginebra.

En el año 1994, se presentó grave deterioro del orden público en

Colombia, generada por aspectos políticos bien conocidos de la opinión nacional, y a medida que se acentuaba la confrontación armada, con violencia inusitada, se presentó entonces presión de parte de organismos internacionales defensores de los derechos humanos, presiones a las cuales se unieron organismos de carácter nacional, tendiente a humanizar la confrontación que se había extralimitado en sus hechos violentos de parte y parte, encontrándose en entredicho los mismos derechos humanos. Para esta época se presentó el primer pronunciamiento que se tenga noticia, proveniente de la reciente "Defensoría del Pueblo", que denunciaba de manera concreta las violaciones al Derecho Internacional Humanitario que venían ocurriendo en Colombia, decidiéndose entonces por el ejecutivo presentar nuevamente al Congreso el proyecto de ley aprobatorio del Protocolo II de Ginebra.

En estos debates se encontraba el Congreso de la República, cuando se presenta la campaña política que llevaría a la

presidencia de la república al Dr. Ernesto Samper Pizano, el cual dentro del ideograma de su campaña incluyó la aprobación por el congreso del Protocolo II de Ginebra. Samper arribó a la presidencia y en este aspecto cumplió, ya que por medio de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, el Estado colombiano adhirió al Protocolo II de Ginebra, que complementaba los convenios iniciales de 1949. Habrían de transcurrir entonces 17 años para que Colombia adhiriera al Protocolo II de la Conferencia de Ginebra de 1977, dándose protección así, aunque sea teóricamente, o a medias a las víctimas de los conflictos armados con carácter no internacional, como es el caso de Colombia, lo que sería embrionariamente, en su génesis, la tipificación de conductas punibles dentro del contexto del nuevo Código Penal Colombiano, que entró a regir el 24 de Julio del año 2001, que será tema de nuestro análisis al respecto.

Para concluir este capítulo, debemos reiterar una vez más, que fue férrea la oposición de las Fuerzas Militares de Colombia a la

aprobación del Protocolo II de Ginebra, pues han considerado siempre, que la adhesión a dicho Protocolo sería reconocer tácitamente el estado de beligerante a las fuerzas a las cuales deben enfrentarse de acuerdo a las normas, debiendo hacer plena claridad en el sentido que tanto los convenios iniciales de Ginebra, como los protocolos adicionales, no exigen que sea reconocido el “status de beligerante”, a ningún contrincante en el conflicto para que se proceda a dar aplicación a sus normas.

6.3.2 Constitucionalidad del Protocolo II de Ginebra. La constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, fue declarada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-225 de 1995, aprobándose así en forma definitiva la adhesión de Colombia a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. En síntesis, expuso la honorable Corte que las normas de Derecho Internacional Humanitario, hacían parte del “bloque de constitucionalidad” ya que así lo disponía la misma Carta magna a través del artículo 214, lo cual implicaba incorporación inmediata a

la normatividad interna del país, y por tanto debía ser respetada tanto por las fuerzas oficiales-regulares, como por los alzados en armas, so pena de incurrir y ser objeto de sanción por violación del Derecho Internacional Humanitario, a lo que se denominaría "crímenes de lesa humanidad", conductas entre las cuales se encuentran ciertos y específicos tipos de homicidio, torturas, tratos crueles, desapariciones forzadas, etcétera.

Se pone en evidencia, y se aclara la controversia que en algún momento surgió, en el sentido que la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario, no eran aplicables a los grupos insurgentes ya que ellos no adherían de manera expresa a dichos convenios, y de que solamente el Estado como tal era susceptible, de manera única, de violar los Derechos Humanos (tesis sostenida por el ilustre ex-rector de la Universidad Nacional de Colombia, y tratadista sobre el tema Dr. Esteban Bendet Olivella). Criterio revaluado en la actualidad, pues basta que el país envuelto en un conflicto interno o externo, haya adherido

cualquiera de los Tratados de Ginebra (I o II, o a ambos), para que sus contrincantes deban respetar las reglas que a la vez debe respetar el adhirente. El caso mas frecuente, en la problemática actual de los conflictos armados es Colombia, ya que los grupos armados, llámense como se llamen, acusan al Estado de violaciones a los derechos humanos, y a la vez el Estado colombiano acusa a sus opositores.

El planteamiento anterior, lo reafirma la misma Corte Constitucional en la sentencia en comento, ya que dentro de su contexto, de manera expresa, prevé que para efectos del Derecho Internacional Humanitario, en ningún momento podrá invocarse por el acusador, ni por el presunto violador, el: "Principio de Reciprocidad", o sea el cumplimiento o incumplimiento de las normas humanitarias, ya que según la Corte, las normas contenidas dentro del contexto del Derecho Internacional Humanitario, no se encuentran subordinadas a este tipo de condicionamientos, y se aduce además, que es primacía la

aplicación de dichas normas, primacía que emana de la misma Constitución Nacional, al establecer en su artículo 214: “En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

Y para culminar, la misma sentencia analizada, pone en evidencia la supremacía del Derecho Internacional Humanitario con fundamento en los tratados y convenios suscritos por Colombia al respecto, ya que según el artículo 93 de la Constitución, los Tratados que reconocen derechos humanos, como lo son los Convenios de Ginebra, y los Protocolos que lo adicionan, tienen prevalencia sobre el orden interno, ya que reglamentan lo relativo a derechos fundamentales, que por tal carácter no pueden ser susceptibles de ser vulnerados dentro de los conflictos armados, así estos sean Internacionales o internos, ni siquiera bajo los denominados “Estados de Excepción” que se decreten dentro del territorio. Y se presenta en estos instantes, un hecho que reafirma en la práctica la supremacía del Derecho

Internacional Humanitario, sobre la normatividad interna colombiana, y lo es, que en la mañana del 22 de abril de 2002, el Secretario General de las Naciones Unidas, envió comunicado escrito al "Secretariado de las F.A.R.C", donde les comunicaba que la retención del señor Gobernador de Antioquia, del Comisionado para la paz de Antioquia, y el Capellán de la Gobernación del mismo departamento, que participaban de una marcha de Paz hacia la población de Caicedo, los hace sujetos por infracción del Derecho Internacional Humanitario.

Conclusión: es un hecho premonitorio, en el sentido, que dentro de muy poco, veremos que se convoca a la Corte Internacional de Justicia, para juzgar estos hechos y un sinnúmero más, lo que demostrará una vez más, a la faz del mundo la supremacía del Derecho Internacional Humanitario sobre cualquier normatividad interna del país adscrito.

Pasamos a continuación al estudio de las conductas típicas,

incorporadas a la nueva normatividad sustantiva penal, como consecuencia de la adhesión de Colombia a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales I y II.

6.4 CONDUCTAS TÍPICAS QUE VIOLAN EL DERECHO INTERNACIONALHUMANITARIO.

Al hablarse de tipicidad, necesariamente debe presentarse correlación con la antijuridicidad y la consecuente responsabilidad penal, que caracterizan la conducta punible, dentro de nuestro sistema sustantivo penal, y la nueva normatividad penal colombiana tipifica, en capítulo especial, las conductas que vulneran el Derecho Internacional Humanitario.

La Ley 599 del 2000, que entró a regir en el 24 de Julio de 2001, es el nuevo Código Penal Colombiano, y al incorporar dentro de su texto, normas nuevas que contemplan infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es indiscutible que se ha presentado

notable avance, no solo considerado ello como política interna, sino que también trasciende al ámbito penal internacional.

Las circunstancias que rodean los enfrentamientos armados a nivel nacional, obligan a la adopción de un mínimo de garantías, no solo para los mismos combatientes, sino también para la población civil no combatiente, ya que se presentaban hechos execrables con el unánime reproche de la comunidad nacional e internacional, surgiendo de allí la aplicación de normas del Derecho Internacional Humanitario, trasladadas al Código Penal Colombiano, las cuales analizaremos en forma genérica.

El nuevo Código Penal Colombiano, consagra nuevas conductas punibles que protegen el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en su título II, capítulo único, artículos del 135 al 164, y debemos hacer algunas consideraciones al respecto, ya que a nuestro criterio, y en relación con el Derecho Internacional Humanitario, se presentan algunas incongruencias, que pueden

desatar controversias jurídicas, no solo a nivel nacional, sino también internacional.

6.4.1 Homicidio, Genocidio, Persona Protegida. El libro segundo del nuevo Código Penal Colombiano, en su parte especial, que trata de “Los delitos en particular”, en su artículo 101 tipifica la conducta punible de homicidio con el siguiente texto: “El que con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional étnico, racial, religioso o político por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de... “. En su inciso segundo la norma enumera una serie de circunstancias agravantes o amplificatorias de la conducta, y a continuación, el artículo 102 tipifica de manera independiente la conducta que se ha denominado “ Apología del Genocidio”. Estas normas se encuentran enmarcadas dentro del Título I, que hace referencia a “delitos contra la vida y la integridad personal”.

Pasando al capítulo segundo, del mismo Título I, en el artículo 103 del mismo estatuto de penas, se tipifica la conducta de homicidio, expresando: "El que matare a otro, incurrirá en prisión de..." A continuación el artículo 104, enumera circunstancias de agravación punitiva.

El título II, capítulo único, que alude a: "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en su artículo 135, expresa; "El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de...".

Son tres conductas típicas, independientes una de otra, consagradas en capítulos diferentes de diferentes libros y títulos que emplean un mismo verbo rector: "matar". Dándose el curioso contrasentido, que dentro de un mismo estatuto sustantivo penal, se tipifique en tres oportunidades el "delito de matar", mas

comúnmente denominado "homicidio".

A nuestro sentir, bastaría que solamente quedara vigente el artículo 103, que genéricamente tipifica el homicidio, y que consumándose por participación el "genocidio", o en "Persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario", ello sería atribuible a título de agravante. Se denota el apresuramiento del legislador al expedir la nueva codificación penal, ya que es absurdo, y se erige en error de apreciación jurídica, el consagrar tres tipos penales diferentes relativas a un solo verbo rector, como lo es matar. Desde luego que el Derecho Internacional Humanitario se refiere específicamente al Genocidio y por eso haremos referencia a ello.

6.4.2 El Genocidio en el Derecho Internacional Humanitario. La tipificación del genocidio como delito que viola el Derecho Internacional Humanitario, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), mediante

Resolución 260 a (III) del 9 de diciembre de 1948, para entrar en vigencia el 12 de enero de 1951. En Colombia entra en vigor el 27 de enero de 1960, en virtud de la Ley 28 de 1959. O sea que la entrada en vigencia en Colombia fue con efectos tardíos, máxime que solamente se tipifica dentro de la legislación penal con la expedición del Nuevo Código Penal Colombiano.

Dentro del contexto de la resolución aprobatoria por parte de las Naciones Unidas, se dice que en todos los períodos de la historia el genocidio ha inflingido grandes pérdidas en la humanidad, y que convencidos los integrantes de las Naciones Unidas que para liberar a la humanidad de flagelo tan odioso, se requiere de la cooperación internacional, por ello se eleva a la categoría de delito contra el Derecho Internacional Humanitario, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, y se procede a enumerar bajo qué circunstancias se tipifica el delito, así:

a) "Matanza de miembros del grupo".

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

ARTICULO III. Serán castigados los actos siguientes

- a) El genocidio;

- b) La asociación para cometer genocidio.

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

d) Tentativa de genocidio.

e) La complicidad en el genocidio.

ARTICULO IV "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

Obsérvese bien, que de acuerdo a la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el genocidio toma variantes, y no se limita únicamente a la muerte. En nuestra concepción colombiana, es común asociar el genocidio con el verbo "matar", pero dentro del contexto de las Naciones Unidas, el término "genocidio" es más amplio, incluso abarca el traslado de

niños de un grupo étnico a otro, sin que sea necesario que se produzca la muerte.

Nuestro legislador, a pesar, de tipificar tres conductas, que según su criterio se vinculan con el verbo rector "matar", no se aparta de dicho parámetro y allí se ubica el "Genocidio", y se incurre en un nuevo error, y grave por cierto, cual es:

Si Colombia adhirió a la resolución que elevó el "Genocidio" a carácter de delito internacional, entonces debió incluirse tal conducta dentro del título II, capítulo único que se refiere a: "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", y no dentro del libro segundo, que habla de los "delitos en particular", título I "Delitos contra la vida y la integridad personal", enorme error en que ha incurrido nuestro legislador. En conclusión: en lugar de incluirse el "genocidio", dentro de los delitos que lesionan el Derecho Internacional Humanitario, se le incluyó en capítulo aparte como

conducta independiente a este tipo de delitos.

A nuestra consideración, dentro de este estudio, el "Genocidio" no es más que un homicidio, agravado eso sí por circunstancias de etnia, raza, religión, política etc. Homicidio, cometido en masa, y de allí se deducen sus agravantes, pues insólito es tipificar tres conductas diferentes en donde el verbo rector es "matar".

Se advierte así mismo, que nuestro legislador, se circunscribe al verbo "matar", en cuanto al "Genocidio", y excluye las otras circunstancias o modalidades que puede asumir, según lo describe la resolución de las Naciones Unidas a la cual adhirió Colombia.

Desde luego, que en la práctica, y al irse aplicando la norma, jurisprudencial y doctrinalmente, se irá perfeccionando, se pulirán sus imperfecciones, pues el Derecho Penal es eminentemente evolutivo, y se llegará a la postre a desentrañar la verdadera intención del legislador. Pero sí es un avance al tipificarse dentro

de nuestra normatividad el genocidio.

6.5 OTRAS CONDUCTAS PUNIBLES QUE LESIONAN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Analizada suficientemente la incongruencia que se presenta en la nueva legislación penal, en relación con el "Genocidio", el artículo 135 tipifica la conducta denominada "Homicidio en persona protegida", conducta que se estructura cuando con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se ocasione la muerte a persona protegida conforme a los convenios internacionales, sobre Derecho Humanitario, a los cuales haya adscrito Colombia. En cuanto a la tasación de la pena, vemos que ésta oscila de treinta a cuarenta años de prisión, pena que se nos hace exagerada, si se compara con la pena establecida para el homicidio, y concediéndonos la razón, que con antelación hemos expuesto según nuestro criterio, en el sentido que bastaría subsumir la conducta dentro de la norma del artículo 103 del mismo estatuto

de penas, incluyéndose el agravante: "en persona protegida".

El párrafo de la norma que analizamos, describe a quiénes se considera personas protegidas, las cuales simplemente enumeramos: Los integrantes de la población civil, las personas que no participan en las hostilidades y los civiles que se encuentren en poder del oponente, ejemplo: los miembros de la Asamblea del Valle en poder de las FARC. En caso que se les ocasione la muerte. También se consideran personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario: El personal sanitario o religioso adscrito a ambos bandos en conflicto, los periodistas o corresponsales de guerra acreditados. Los que hayan participado como combatientes, pero que hayan depuesto las armas, ya sea por ser capturados, o que se hayan rendido o causa similar; Quienes al darse comienzo al enfrentamiento armado se les considere como apátridas o refugiados, así como cualquier otra persona que tome el carácter de persona protegida como consecuencia de la adhesión a los

Tratados y Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, ejemplo: Los pilotos de aviones que suministran mensaje a los combatientes.

En relación con el punible de "lesiones personales en persona protegida", dicha conducta no se tipifica de manera expresa como tal, ya que el artículo 136 del Código Penal, aplica la figura jurídica de "remisión de normas", al decir que quien cause lesiones personales a persona protegida conforme al Derecho Internacional Humanitario: "...incurrirá en las sanciones previstas para el delito de Lesiones Personales incrementada hasta en una tercera parte". En este aspecto, nos da plena razón el legislador, pues las lesiones personales a persona protegida, se convierten, por ser "protegida esa persona...", en un agravante de las Lesiones Personales, y no habrá necesidad de tipificar esta conducta en forma independiente, como ocurrió con el "genocidio".

La crítica que retomamos, se trasmite a las conductas punibles tipificadas en los artículos 137, 138 y 139, que aluden a: "Tortura

en persona protegida”, Acceso carnal violento en persona protegida y actos sexuales violentos en persona protegida”. Bastaba que el legislador hubiese ubicado dentro del título y capítulo correspondiente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tales conductas, y simplemente, dentro de las circunstancias de agravación punitiva, agravar la conducta por ser cometida sobre persona que tenga condición de “protegida”

Debemos dejar en claro que a más de las conductas punibles analizadas de fondo, el título II, capítulo único del Código Penal Colombiano, describe otras conductas que violan el Derecho Internacional Humanitario, conductas en las que indiscriminadamente incurren en los enfrentamientos armados los actores del conflicto, denomínesen ente oficial o sus representantes, guerrilleros y demás facciosos, a saber: “Prostitución forzada o esclavitud sexual”; “utilización de medios y métodos de guerra ilícitos”; “perfidia”; “actos de terrorismo”; “actos de barbarie”; “Tratos inhumanos y degradantes y

experimentos biológicos en persona protegida”; “Actos de discriminación racial”; “Toma de rehenes”; “detención ilegal y privación del debido proceso”; “Constreñimiento y apoyo bélico”; “despojo en el campo de batalla”; “omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria”; “obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias”, “destrucción y apropiación de bienes protegidos”; “destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario”; “destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto”; “ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”; “represalias”; “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil”; “atentados a la subsistencia y devastación”; “omisión de medidas de protección a la población civil”; “reclutamiento ilícito”; “exacciones o contribuciones arbitrarias; (estas son las famosas “vacunas”); “destrucción del medio ambiente”. Parece, que los expertos de las Naciones Unidas, se hayan trasladado a Colombia para examinar a fondo el conflicto armado y hacer la lista de conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario, pues son escasas las

excepciones a la enumeración hecha, en que incurren los enfrentados en territorio Colombiano.

Hemos hecho la anterior enumeración, advirtiendo que es fácil deducir, que en el actuar de los grupos armados enfrentados, sean estatales, o representantes de éste, o cualquiera de los grupos enfrentados, pueden incurrir, y de hecho están incurriendo en concurso real y formal de conductas punibles violatorias del Derecho Internacional Humanitario, tema sobre el que no profundizaremos por no ser objeto y tema de esta monografía.

RECOMENDACIONES

La recomendación fundamental, es la aspiración del pueblo colombiano, por el logro de la paz tan anhelada. Los grupos guerrilleros, han mostrado cierta voluntariedad para obtenerla, prueba de ello han sido las conversaciones que se han llevado en el exterior a nivel europeo, a nivel americano las fracasadas conversaciones de Tlaxcala (México),y más recientemente las fracasadas conversaciones que por tres años consecutivos se llevaron a efecto en la mal llamada "Zona de Distensión", en la región del Caguán. Actualmente las conversaciones con las FARC se encuentran rotas pero esperanzadoramente, se llevan a efecto conversaciones con el ELN con la intervención del gobierno de

Cuba en territorio de esa república.

Pero el tema que en realidad ha dificultado las conversaciones de paz ha sido el paramilitarismo y las autodefensas, allí se atasca la rueda de las conversaciones y se da al traste con cualquier otra aspiración. Mientras los grupos guerrilleros condicionan el inicio, o reanudación de los diálogos en el sentido que se emprendan acciones radicales en contra de estos, por su parte el gobierno debe enfrentar serias y fuertes presiones que lo impiden. Esta controversial situación pone en serio riesgo y anula en la práctica las esperanzas de mantener abierto el mecanismo de la negociación directa o negociación política mecanismo único que podría impedir mayor degradación y generalización del conflicto armado interno.

La situación parece adquirir ribetes alarmantes, en el sentido que las conversaciones de paz no podrán reanudarse, ya que el gobierno colombiano propende a nivel universal por una

declaratoria de terroristas para los grupos armados involucrados en el conflicto, desde luego sin hacer alusión que esa declaratoria debe hacerse extensiva a los denominados paramilitares y autodefensas.

El Congreso Colombiano, aprobó la Ley 742 de junio 5 de 2002, por medio de la cual se adhiere al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma, el día diecisiete (17) de julio mil novecientos noventa y ocho (1.998)... que juzgara los delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión, que puede ayudar en parte a una solución, pues hay que reconocer que la connotación de la violencia en Colombia ha tomado matices inimaginables que han afectado la estructura internacional, por consiguiente se obliga constantemente a una renovación en los modelos jurídicos represivos.

Una segunda recomendación, se refiere al reinicio de las conversaciones de paz, desde luego, sugiriendo una "zona de

distensión”, pero no con las prerrogativas de orden público, y de renuncia a la soberanía, como sucedió en la fracasada “zona del Caguán”.

Una tercera recomendación, hace referencia a la participación amplia de las personas e instituciones intervinientes en las conversaciones o diálogos de paz. Se debe dar acceso a esa mesa de conversaciones, a representantes legítimos estatales, representantes de los grupos alzados en armas, cualquiera sea la denominación que hayan tomado, vale decir: Guerrilla, paramilitares y autodefensas, a esa mesa de conversaciones, deberán tener acceso con voz y voto auténticos representantes del pueblo, elegidos mediante mecanismos que permitan una selección imparcial, y que deben provenir de la población netamente civil, al lado de los cuales tomarán asiento representantes de organismos estatales que tengan algo que ver con el tema de los derechos humanos, caso de la Defensoría del Pueblo.

No puede dejarse por fuera de la mesa de diálogo, a los representantes de gobiernos extranjeros, que acudirán únicamente como observadores, sin voz y sin voto, y cuya misión se limita a simples sugerencias, pero que con solo su presencia nos harán quedar bien a nivel internacional y garantizarían cierta transparencia.

La cuarta recomendación, viene a ser la más candente, ya que ante las circunstancias vividas, y la actitud asumida por el gobierno nacional hasta el momento, se desconoce la agenda contentiva de los temas de conversación. Hemos visto como el propósito fundamental es la paz, y el cese al fuego, fuera de ello se desconoce hasta el momento otro tema de fondo, porque es bueno recordarlo, que desde los romanos, está vigente un principio que en nada ha variado en su sentido: "La paz sin justicia social no se logra". En Colombia se habla de negociaciones de paz, se habla de desarme y se habla de una serie de

circunstancias al margen, pero nunca se ha tenido noticia, ni hemos conocido verdaderos programas, o temas a tratar en la mesa de conversaciones que tiendan a la obtención de la "justicia social", que involucra el concepto de paz. Se ha dicho, que el "Plan Colombia", conlleva consigo programas de justicia social, lo cual es un sofisma de distracción, porque sabido es, que el "Plan Colombia", antes que un programa de justicia social, es un plan de incremento a la guerra.

En medio de las circunstancias que rodean el conflicto armado, las distintas expresiones del movimiento ciudadano que propende por la paz no se ha podido arribar a verdaderos acuerdos estructurales, profundos, permanentes y sólidos frente al tema de las negociaciones. Ante estas circunstancias se debe propender por una agenda mínima de temas, sobre asuntos específicos, inherentes a quienes propendemos por la paz, siendo desconocidos por quienes han tomado parte en negociaciones de paz, en territorio nacional, caso del Caguán, o a nivel internacional

como en el caso de Tlaxcala (México).

Surge de esta una recomendación fundamental: la propuesta dirigida a la conformación de un amplio "frente por la paz", en contra del conflicto armado, y por una solución política del mismo, en aras del bienestar general.

Otra recomendación, que no por simple tiene trascendencia dentro del proceso de paz a iniciarse nuevamente: Es urgente y necesario que todas las personas que residimos en territorio colombiano, nacionales o extranjeros, nos propongamos "desarmar la palabra", a fin que con ella, fuente de comunicación por excelencia, no estimulemos más resentimientos y odios de los que en Colombia ya tenemos. La búsqueda de la paz no solo presupone como condición irremediable un cese al fuego por parte de los enfrentados, sean quienes sean, sino también una tregua en la palabra, de quienes desde el seno de la sociedad, con escritos y/o opiniones personales verbales contribuyen a incentivar los

enfrentamientos y la violencia ya imperante. El daño que se hace de palabra, y/o por escrito, cuando se emplea por los contrincantes o simpatizantes de una u otra facción, con fines de desinformación, puede acarrear consecuencias más funestas que el mismo enfrentamiento bélico.

Recomendación fundamental la constituye la aplicación inmediata del Derecho Internacional Humanitario, extensivo en contenido a todos los contrincantes, pero sin efectos retroactivos

CONCLUSIONES

La problemática desarrollada en este trabajo, acorde con su marco teórico, pone de manifiesto un diagnóstico desfavorable, no solo para el mismo Estado Colombiano, sino que ello se hace extensivo a la población civil, con sus incidencias en el campo del Derecho Internacional Humanitario, y como consecuencia del atavismo violento que caracteriza el desbarajuste social que desde las mismas luchas de emancipación han estado, presentes en el devenir histórico de nuestro País. Es precisamente por ello, que la población común entendiéndose esta como la no combatiente o meramente civil, es cada vez menos actor, y cada vez más víctima de la insulsa confrontación bélica, que cada vez más adquiere las

características de una confrontación entre máquinas de guerra ya que operan como simples depredadores, pues el apoyo logístico-bélico obtenido a través del denominado: "Plan Colombia", no ha hecho mas que incrementar la tecnología de la guerra a favor del Estado Colombiano, mientras que sus opositores emplean cada día nuevas estrategias, a su consideración bélicas, que no hacen más que incrementar la depredación territorial, e inclusive civil, si se nos acepta este término, como ejemplo de ello basta citar los denominados "cilindros de gas", que no hacen más que devastar y sembrar terror.

Desafortunadamente, ante este desolador cuadro que presenta el conflicto armado Colombiano, a pesar de las adhesiones de Colombia a los convenios y tratados que pretenden humanizar el conflicto, el Derecho Internacional Humanitario únicamente ha logrado articularse como un mero simbolismo, y no como pauta de comportamiento para las facciones en conflicto, y como lo expresamos en este trabajo; No solo para el Estado, si no para las

guerrillas, autodefensas y paramilitares, estas pautas son utilizadas como medio, y no como fin que es el ideal perseguido por la comunidad internacional. En conclusión: se pretende con el Derecho Internacional Humanitario, deslegitimar al oponente.

La violencia en Colombia es ancestral. El gobierno busca, sin que se deje de asistirle la razón, a través de todos los medios disponibles, poner en evidencia como sujeto activo de las múltiples acciones de sus oponentes, a la guerrilla, las autodefensas y el paramilitarismo, como responsables del caos social, básicamente desde el punto de vista económico, del descalabro por el que atraviesan nuestras instituciones y la población civil.

Los oponentes del Estado Colombiano, de una u otra manera, acuden a los mismos métodos empleados por el Estado, vale decir, la estrategia que busca por todos los medios desacreditar y deslegitimizarlo, como ejemplo: se retiene a uniformados y civiles

indiscriminadamente, para luego entregarlos, muchas veces sin mediar pago de rescate alguno, a cuerpos como la Cruz Roja, o representantes de la iglesia, impactando a la opinión pública con el argumento de que se ha dado trato digno de prisioneros de guerra, lo cual es sofisma de distracción.

El denominado "monopolio de las armas", emanación de la Constitución Nacional, es postulado, que en nuestro territorio ha perdido vigencia frente a la realidad, de allí que se haya expresado con sobrada razón: La urgencia de reconstruir al Estado en su monopolio de las armas, resulta fundamental tener presente que en Colombia, en la coyuntura histórica actual, por lo menos en lo que respecta a la "violencia organizada", resulta más funcional negociar que reprimir, pero las negociaciones de paz sólo son posibles dentro del marco de un estatuto jurídico de reconocimiento recíproco de los enemigos en conflicto como es el del Derecho de los conflictos armados".

Cuando la correlación de fuerzas entre el Estado y sus enemigos político-militares se acerca a una situación de "empate militar negativo" como la que acompaña al fenómeno de la insurgencia prolongada en la hora presente, la razón de Estado en cuanto a razón instrumental, urge que se considere la posibilidad de una solución negociada".⁴²

El autor en cita, tiene plena razón cuando plantea la posibilidad de obtener la paz, pero dentro de unos parámetros de un estatuto jurídico, en donde se debe presentar un reconocimiento recíproco de los enemigos en conflicto, y con aplicación del derecho que rige los conflictos armados, en nuestro caso en estudio el conflicto armado interno.

La evolución del conflicto armado en Colombia, a tal paso no ha llegado, pues pese a la rudeza-violenta de los combates, el Estado aun no ha reconocido status beligerante, en su contra, a grupos armados que se autodenominan: Autodefensas y paramilitares. A

⁴² "Combatientes, Rebeldes y Terroristas", obra ya citada. Pág. 218.

pesar de ello, y que estos últimos citados no enfrentan al Estado en lo que pudiéramos denominar confrontación directa, ya que se deduce que combaten directamente es a los guerrilleros, a la postre, cuando el Estado colombiano les enfrenta por ilegales, surge la confrontación armada en contra de ese mismo Estado. No por ello dejan su calidad de grupo armado en contra del estado.

No se puede negar, que se exige a los confrontados el ceñirse a los parámetros que les señala el derecho de guerra, en este caso concreto: el Derecho Internacional Humanitario, presentándose un contrasentido: ya que si se exige al grupo beligerante la observancia del derecho humanitario, en el fondo no se hace más que reconocer que son combatientes. Es conclusión fundamental en este trabajo, que retomaremos al pasar al acápite de las recomendaciones.

Se concluye indubitablemente, que existe un verdadero "derecho

de guerra”, en nuestro estudio considerado no desde el punto de vista del “derecho a hacer la guerra”, sino desde un punto de vista estrictamente jurídico, como emanación de los Tratados y Convenios de Ginebra, con sus protocolos adicionales, o sea un “derecho de guerra” entendido como el conjunto de normas de carácter internacional que regulan la confrontación armada en si misma considerada.

A pesar de que los Estados Unidos, actuando como máximo juez en asuntos de competencia interna de los Estados, califique el día 30 de abril de 2.002, al ejército colombiano, en el sentido que actualmente han moderado su actuar y se encuentran exentos de investigaciones por violación al Derecho Internacional Humanitario, “certificación” que a criterio de los expertos en el tema, deja mucho que desear, pues se trata simplemente de una jugada de política internacional por parte de los Estados Unidos, y jugada política a su vez con tinte económico para Colombia, ya que dicha “certificación” le reportará nada más ni nada menos que

ciento cuarenta millones de dólares, para incrementar la guerra, no puede desconocerse que el enfrentamiento armado en Colombia ha desbordado todos los límites de violencia, incurriéndose inclusive en actividades terroristas. Ante este desborde inusitado de violencia, y al ser utilizado el Derecho Internacional Humanitario como medio, y no como fin, acertada ha sido la decisión colombiana de adherir a los Convenios y Tratados de Ginebra sobre el tema y ahora último aprobando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho el Roma mediante la Ley 742 de junio 5 de 2002.

Si el gobierno colombiano, no está en capacidad militar, ni mucho menos jurídica para juzgar a los violadores del Derecho Internacional Humanitario, se impone entonces que se juzguen de acuerdo al procedimiento internacional.

En ausencia de un marco jurídico que ponga freno a la violencia desbordada, y siendo la población civil la que sufre el peor

impacto, no sólo en el aspecto personal sino también en lo material, surgen los interrogantes que nos condujeron a la elaboración de esta monografía: ¿Se justifica la reacción armada por parte de los civiles que se agrupan en autodefensas?

¿Se justificará la reacción de otro sector de la población que comprendiendo el estado de indefensión en que se encuentra un sector de la población civil, con criterio y logística de corte militar se agrupen como militares?. ¿Se justifica que ante la pasividad y/o impotencia militar estatal, los antes nombrados se agrupen para salvaguardar no sólo sus propios intereses sino también salvaguardar el orden institucional vigente?

Consideramos, que el tema ha sido suficientemente tratado, y que dentro del contexto que presentamos, esos interrogantes tienen respuesta de carácter afirmativo. La doctrina que versa sobre el tema, reconoce lo desbordado de la violencia en Colombia y que el objetivo primordial es el logro de la paz, pero dando ciertas

ventajas de parte y parte, por eso se ha dicho: "Más allá de la tozuda persistencia oficial en tratar a las guerrillas como rebeldes y a los grupos paramilitares y de autodefensa como delincuentes comunes y como terroristas, el derecho de los conflictos armados ofrece un espacio jurídico-institucional más adecuado para su juzgamiento conjunto. Gracias, entre otras cosas, a su neutralidad ideológica. El derecho de los conflictos armados permite generalizar el tratamiento de combatientes a otros actores, distintos de las guerrillas, pero igualmente involucrados en la racionalidad de la guerra entre éstas y el ejército.

En ese sentido, el modelo de negociación propuesto por el EPL es debidamente sensato. La paz sólo es viable si se produce una desactivación simultánea de todos los actores involucrados en el conflicto. En el caso del EPL su desmovilización únicamente puede resultar exitosa si este acompañada de la desmovilización de los grupos paramilitares... Negarse a negociar con ellos con el argumento de que se trata de simples terroristas es condenar de

nuevo al EPL, al movimiento político a que sus cuadros una vez desarmados. siguiendo el ejemplo siniestro contra la Unión Patriótica sean "masacrados"⁴³

Con el aparte transcrito, el autor nos concede plena razón en cuanto a la problemática que hemos tratado: se justifica la reacción armada de unos contra los otros, pero les asiste la razón en su justa medida, por eso debe dárseles el carácter de actores a todos los implicados no solamente a los guerrilleros, propender por negociaciones de paz, en donde debe estar presente el postulado que nos ha quedado del Derecho Romano: la Paz se obtiene, pero con justicia social. Esa justicia social, el aliciente para obtenerla puede ser el programa que en marcha se encuentra como el "Plan Colombia".

Para concluir la actual situación de Colombia frente a los alzados en armas generadores de un orden jurídico, se ve reflejado claramente con la expedición del actual Estado de conmoción

⁴³ Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Obra ya citada. Pág. 218.

interior,⁴⁴ al tomar como base para su expedición la situación de inseguridad del País que cada día es mas crítica, por el mismo terrorismo que como lo dice el decreto en su parte considerativa naufraga la autoridad democrática y hace necesario no solo fortalecer los mecanismos de cooperación ciudadana, sino también entre otros, reforzar los programas de lucha contra el secuestro y la extorsión .

⁴⁴ Decreto 1837 del 11 de Agosto de 2002

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DEL ANTERIOR CÓDIGO PENAL COLOMBIANO,
parte especial, volumen II, Gama impresora Ltda. 1981,
acta N° 69.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, parte
general, edición 1960.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario.1960. Leyes 599 y 600 de 2000
Códigos penal y Procedimiento Penal, editorial Leyer,
séptima edición, julio de 2001.

CARRARA, Francisco. Programa, editorial Reus S.A. Madrid
1952, volumen I.

COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, volumen I, publicación de la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Edición Marzo de 2001.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario Oficial N° 44826, Ley 74 de 2002 . Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Mayo 26 de 1982.

_____, Sala de Casación Penal, julio 11 de 1952, LXXII.

_____, Sala de Casación Penal, noviembre 28 de 1952, LXXIII.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. 4º informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Editado por la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos 1999.

EASTMAN, Jorge Mario. Constitución Política de Colombia, editorial Tercer Mundo, segunda edición, 1993.

FONSECA GALÁN, Eduardo. Los Combatientes del Llano 1949 - 1953, Unidad editorial Universidad Inca de Colombia, 1987.

GAVIRIA TRUJILLO, Cesar. Nova et Velera, boletín del Instituto de Derechos Humanos. Esap, N° 8.

GÓMEZ, Eusebio. Derecho Penal, tomo I. Editorial CÍA, Argentina. 1939.

GUTIÉRREZ, Bernardo. Hay que desmilitarizar a Colombia, folleto Hoy por Hoy, N° 241 agosto 21 de 1990.

HOYOS MUÑOZ, José. Apuntes Sencillos de Derecho Internacional Público, editorial Señal - primera edición. 1990.

LEYES 104 de 1993 y 498 de 1997, artículo 50.

LOZADA, Diana. Diario El Tiempo,

MEDELLÍN, Carlos. Estudio para ingresar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal, Edición 2ª de 1974.

NUEVA HISTORIA DE COLOMBIA. Editorial Planeta 1989

OCAMPO, José Fernando. Ensayos Sobre Historia de Colombia Imprenta Departamental de Caldas, Biblioteca de Escritores Caldenses, 1988.

OQUIST, Paul. Violencia Conflicto y Política en Colombia, biblioteca Popular, Edición 1978.

OROZCO ABAD, Ivan. Combatientes, Rebeldes, y Terroristas Guerra y Derecho en Colombia, editorial Temis 1992.

ORTEGA TORRES, Jorge. Decreto 100 de 1980 Código Penal Colombiano, Editorial Temis, undécima edición. 1993.

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, tomo II editorial Temis. 1982.

PERIÓDICO EL TIEMPO. Lecturas Dominicales, mapas presencia Paramilitar, acciones guerrilleras, propiedades de los narcotraficantes, octubre de 1999.

REVISTA SU DEFENSOR. N° 6 enero de 1994.

_____, N° 7, febrero de 1994.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, parte general, 8ª edición 1981.

SÁNCHEZ, Gonzalo. Guerra y Política en la sociedad colombiana, El Agora Editores 1ª edición 1991.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Legítima Defensa, editorial Temis, Edición 1994

SERIE DOCUMENTAL Los Derechos Humanos, publicación de la Personería Municipal de Manizales, 1997.

SISCO, Luis P. La Defensa Justa, editorial Jurídica, Quito.

TRATADOS INTERNACIONALES, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, " Pacto de San José de Costa Rica", Estatuto de Roma Corte Penal Internacional, entre otros.

VON, Liszt. Tratado de derecho Penal, editorial Reus. 1916.

WHITHE, Judith. Historia de una Ignominia, Editorial Presencia Ltda.1987.