

Proceso n.º 33039

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado Acta No. 428

Bogotá D.C., diciembre dieciséis de dos mil diez

VISTOS

La Corte decide el recurso de apelación que interpusieron tanto la Fiscal Once de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, como la representante judicial de las víctimas de la “masacre del Salao”, contra la decisión adoptada por un Magistrado con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual impuso medida de aseguramiento al señor ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ (alias “Juancho Dique”) perteneciente al bloque “Héroes de los Montes de María” de las Autodefensas Unidas de Colombia, quien se encuentra recluido en la Cárcel Modelo de Barranquilla, con ocasión de los delitos imputados parcialmente.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor BANQUEZ MARTÍNEZ ingresó a las Autodefensas Unidas de Colombia el 6 de

noviembre de 1998, al Bloque Montes de María, Frente Golfo de Morrosquillo, de donde se desmovilizó el 14 de julio de 2005 en María la Baja con 594 personas más, luego de haber desplegado su accionar armado en los municipios de Colosó, Carmen de Bolívar, Toluviejo, Arjona, Mahates, María la Baja, San Onofre y Ovejas, bajo el mando de Rodrigo Antonio Mercado Pelufo, alias “Cadena”.

Luego de adelantarse los trámites y exigencias legales, al desmovilizado en cita se le escuchó en versión libre, y con posterioridad a ello se realizó la audiencia de formulación de imputación parcial los días 13, 15 y 16 de octubre de 2009; y de imposición de medida de aseguramiento el 3 de noviembre siguiente.

La formulación de imputación que se hizo contra BANQUEZ MARTÍNEZ en el proceso referenciado, contiene hechos cometidos en operaciones armadas del bloque “Montes de María” de las AUC, entre el 3 de noviembre de 1998 y 24 de abril de 2004; los cuales fueron tipificados por la Fiscalía como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en el entendido de que se cometieron en desarrollo del conflicto armado interno que vive nuestro país; imputación que comprendió los siguientes hechos, con la calificación jurídica provisional indicada por la Fiscalía:

Hechos imputados

Calificación jurídica realizada por la Fiscalía

1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.

Homicidio en persona protegida en concurso con toma de rehenes y desplazamiento forzado de población civil.

2. Masacre de San Isidro o Caracolí en Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 en jurisdicción de Toluviejo.

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida y toma de rehenes.

4. Masacre El Salao, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos; además de destrozar y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.

Homicidio en persona protegida (62) en concurso con tortura en persona protegida, desaparición forzada (4), toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes

protegidos, desplazamiento forzado de población civil, acceso carnal y acto sexual violento en persona protegida.

5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil y acceso carnal violento en persona protegida.

7. Masacre Chinulito, (cacerío El Prejo-Arenita) municipio de Colosó, cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio en persona protegida (10) en concurso con toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas, 19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.

Homicidio en persona protegida en concurso con desplazamiento forzado de personas y despojo en el campo de batalla.

9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, acceso carnal y acto carnal violento en persona protegida.

10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.

Homicidio en persona protegida

11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios

Homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, toma

de rehenes, y destrucción y apropiación de bienes protegidos.

12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates Bolívar.

Homicidio en persona protegida, toma de rehenes, tortura en persona protegida y destrucción y apropiación de bienes protegidos.

13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.

Homicidio en persona protegida

14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María la Baja Calle del Puerto.

Homicidio en persona protegida

Ya en desarrollo de la audiencia en la que se solicitó la imposición de medida de aseguramiento por tales delitos, el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, invocando el principio de legalidad, al analizar las conductas imputadas decidió imponer a BANQUEZ MARTÍNEZ medida de aseguramiento por los delitos correspondientes, teniendo en cuenta que las infracciones al derecho internacional humanitario están tipificadas por nuestra

legislación interna sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, y en tal perspectiva a los punibles realizados en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 se le impusieron la medida en consideración a dicha legislación, vale decir, como crímenes comunes.

El argumento del a quo está sustentado en que si bien nuestro país ha suscrito compromisos internacionales, consistentes en tipificar como punibles las graves infracciones al derecho internacional humanitario, sólo los vino a cumplir con la inclusión en el Código Penal del Título II Capítulo Único del Código Penal que nos rige desde el 25 de julio de 2001; y que por ello, en estricto acatamiento al principio de legalidad de la pena y de la conducta, los hechos cometidos en vigencia de la ley anterior deben ser imputados como delitos comunes.

Sólo en el hecho del numeral 14, los demás, como fueron cometidos antes de la vigencia de la Ley 599, se aplicará la medida del delito correspondiente en la ley previa, agravada por la circunstancia 8ª del numeral del artículo 104, homicidio con fines terroristas

En últimas quedó así la medida de aseguramiento:

Hechos imputados

Calificación jurídica por la cual el Magistrado con Funciones de Control de Garantías impone la medida de aseguramiento

1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.

Homicidio agravado en concurso homogéneo conforme lo dispuesto en el artículo 104. 8 del Decreto Ley 100 de 1980 en concurso con desplazamiento forzado (en cuya situación aún permanecen las familias desplazadas).

2. Masacre de San Isidro o Caracolí en Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 de en jurisdicción de Toluviejo.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

4. Masacre El Salao, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos; además de destrozar y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.

Homicidio agravado en concurso homogéneo, a su vez en concurso material con tortura, desplazamientos forzados, desapariciones forzadas y dos delitos de acceso carnal violento.

5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

7. Masacre Chinulito, (cacerío El Parejo-Arenita) municipio de Colosó, cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas, 19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.

Homicidio agravado en concurso homogéneo, a su vez en concurso material con desplazamientos forzados y despojos.

9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.

Homicidio agravado en concurso homogéneo y en concurso material con desplazamiento forzado.

10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios

Homicidio agravado en concurso homogéneo.

12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates Bolívar.

Secuestro en persona protegida y homicidio en persona protegida.

13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.

Homicidio en persona protegida

14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María la Baja Calle del Puerto.

Homicidio en persona protegida

En consecuencia, el magistrado concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación que interpusieron la Fiscal Once de la Unidad Nacional de Justicia y Paz; y la representante de las víctimas del Salado de la Comisión Colombiana de Juristas.

Es de anotar que en la primera imputación parcial que se hizo contra BANQUEZ MARTÍNEZ ya se incluyó el delito de concierto para delinquir y se contextualizó su accionar armado al interior de las Autodefensas Unidas de Colombia; la cual hace parte de otro proceso judicial.

LA PROVIDENCIA APELADA

El Magistrado de Control de Garantías de Barranquilla impuso detención preventiva contra ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ por los hechos imputados por la Fiscalía, pero desatendiendo la denominación jurídica indicada por ella, argumentando que las infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario sólo podrán ser objeto de sanción como tales, en la medida en que se hayan perpetrado con posterioridad al 25 de julio de 2001, fecha en la cual entró a regir la Ley 599 de 2000 que las tipificó; de suerte que las conductas punibles cometidas antes de dicha legislación, sólo podrán ser reprochadas de acuerdo con las previsiones normativas previstas en el Decreto Ley 100

de 1980. Esto con excepción de la desaparición forzada y el desplazamiento forzado, conductas que pre-existen a la nueva legislación, dado su carácter de delitos permanentes.

Así, el recurso de apelación está orientado a que se revoque la decisión de no imponer medida de aseguramiento por los delitos de homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, despojo en el campo de batalla (art. 151) y destrucción y apropiación de bienes protegidos (art. 154), y en su lugar se imponga detención preventiva también por todos los punibles relacionados en la imputación parcial que se le hizo en este proceso.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

La Fiscalía adujo, como fundamento de su inconformidad con la decisión apelada, que el Magistrado con Funciones de Control de Garantías no podía modificar la imputación, con fundamento en dos decisiones de esta Corporación, que a su modo de ver, así lo interpretan.

Señaló que tal situación desborda los alcances competenciales del a quo, y que dicha situación conllevaría a que existieran dos momentos procesales para el control material de la imputación, siendo estos la audiencia de formulación de imputación, y la de formulación de cargos, cada una con objetivos delimitados y diferenciables.

Concluyó deprecando la revocatoria de la providencia impugnada por considerar que se profirió con extralimitación de las posibilidades del funcionario judicial que la adoptó.

La representante de las víctimas de la masacre del Salao discurrió en la sustentación refiriendo inicialmente que la legislación aplicable a los punibles cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 599 de 2000, corresponde a la categoría internacional de delitos de guerra, y que por tanto el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y

las normas del ius cogens, son de obligatorio cumplimiento, por lo que las normas del Código Penal que sancionan los crímenes de guerra, son aplicables así no estuvieran vigentes para la época, precisamente por el carácter obligatorio de las normas del derecho penal internacional.

Agregó que las conductas punibles que se perpetraron en la masacre del Salao fueron cometidas en desarrollo del conflicto armado no internacional, y por tanto sus autores deben responder de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario, crímenes que no sólo fueron de guerra sino también de lesa humanidad, esforzándose la apelante por adecuar la masacre del Salao con tal categoría delictiva.

Posteriormente hizo una revisión al contexto normativo del derecho internacional humanitario para concluir llamando la atención sobre que la ausencia de legislación interna que tipificara los crímenes de guerra, no es obstáculo para su investigación y sanción, y en consecuencia solicitando la revocatoria de la providencia apelada, reiterando que la normatividad internacional relativa a los crímenes de guerra y de lesa humanidad es de obligatorio cumplimiento, con independencia de su tipificación en el ámbito nacional.

El representante de las víctimas adscrito a la Defensoría del Pueblo en desarrollo de su apelación adhesiva solicitó la revocatoria de la providencia impugnada, por cuanto el Magistrado con Funciones de Control de Garantías no tenía posibilidades funcionales para modificar el contenido de la imputación.

Señaló igualmente que los delitos contra el DIH están vigentes en Colombia aún antes de la vigencia de nuestro Código Penal de 1980, dados los compromisos asumidos por nuestro país en distintos convenios internacionales; reiterando finalmente la petición de que se revoque la decisión objeto de la apelación.

La representante del Ministerio Público fundamentó su inconformidad en que si bien el

Magistrado con Funciones de Control de Garantías podría modificar el contenido jurídico de la imputación, no era oportuno hacerlo antes de la audiencia de formulación de cargos.

En relación con la aplicabilidad de las normas que sancionan los crímenes de guerra frente a las conductas imputadas al desmovilizado ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ, precisó que la decisión debía mantenerse en función del respeto al principio de legalidad, dado que de no hacerlo, se estarían desconociendo garantías propias del derecho penal liberal, tan caras para nuestra tradición jurídica.

A su turno, el desmovilizado ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ indicó que fue el primero en ofrecer detalles sobre la masacre del Salao, como la participación, tanto de paramilitares como de la fuerza pública en esa “operación”; destacó además que ha confesado catorce masacres (faltándole unas quince para culminar), precisamente para resaltar el cumplimiento de su compromiso como postulado.

Por su parte el defensor, al coincidir con los argumentos de la representante del Ministerio Público, solicitó mantener la decisión apelada, invocando el valor del principio de legalidad, del cual destacó que también está reconocido en distintos tratados internacionales y en la Constitución Política colombiana.

CONSIDERACIONES

La Corte es competente para conocer de esta apelación en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005.

Son dos los problemas jurídicos que se plantean con la apelación que ahora se resuelve: el primero se refiere al alcance del poder del juez o el magistrado con funciones de control de garantías en punto de la imposición de la medida de aseguramiento, frente a la tipificación realizada por el fiscal en la formulación de imputación; y el segundo, está

relacionado con la vigencia de las leyes en el tiempo, específicamente si existe la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha.

En lo que hace referencia al primero de los problemas jurídicos identificado, resulta oportuno recordar que esta Corporación ha indicado que la formulación de imputación es un acto de parte, en la que el juez con funciones de control de garantías, debe asegurarse de que el acto de comunicación se realice de manera eficaz, pero no está llamado a improbar o aprobar la imputación, ni ese resulta ser el escenario procesal en que se discuta la tipificación de los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la imputación, que es ante todo fáctica. A propósito del proceso rituado en la Ley 975 de 2005, la Corte ha señalado¹:

“De acuerdo con estos pronunciamientos, en los que la Corte viene fijando los alcances del proceso de Justicia y Paz, los siguientes aspectos deben quedar claros en relación con la audiencia de formulación de imputación:

1. Que la esencia de la imputación se agota en ser acto de comunicación de la Fiscalía al desmovilizado.

1. Que lo que se comunica son unos hechos jurídicamente relevantes atribuidos al desmovilizado, los cuales surgen de la inferencia razonada de que es autor o partícipe de tales conductas punibles.

1. Que el alcance semántico de la expresión “mera comunicación” no implica que se trate de una información abreviada.

1. Que no es la oportunidad para realizar debates jurídicos en torno a la tipicidad, ni tampoco para que el desmovilizado acepte la imputación.

Así las cosas, en estricto sentido, la legalidad de la audiencia no es que la imparta el magistrado de control de garantías, sino que debe ser la característica integral del cumplimiento cabal de la responsabilidad de la Fiscalía y del compromiso del desmovilizado, sin los cuales, por más que el magistrado manifieste que imparte legalidad, la formulación de la imputación estaría viciada, más que de ilegalidad, de falta de diligencia y compromiso, o de falta de honestidad y de arrepentimiento sincero, según el origen del vicio, con consecuencias trascendentales en las diversas situaciones.

El magistrado de control de garantías es testigo, y a la vez garante de la legalidad, pero no funge como sacerdote que imparte la bendición en una actitud formulaica vacía de contenido como parece entenderse.

Como se ve, ha explicado la Corte que el magistrado de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación ejerce un juicio de legalidad formal, relacionado con aspectos preliminares, de obligatoria verificación, como son:

1. Confirmar que el gobierno certificó la postulación del desmovilizado.

1. Constatar en la audiencia que el imputado hizo parte de un grupo armado organizado al margen de la ley.

1. Verificar la actitud sincera del desmovilizado, motivada en contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

1. Revisar que los hechos imputados en su integridad se cometieron durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal, y dentro de los límites fijados por la Ley 975 de 2005 para otorgar el beneficio de la pena alternativa.

1. Asegurarse de que los hechos imputados fueron perpetrados antes del 25 de julio de 2005².”

De manera que la tipificación hecha por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación es meramente provisional, y sobre la misma, tanto el magistrado como el juez con funciones de control de garantías, debe pronunciarse en la audiencia en que se imponga la detención preventiva³:

“La exclusión de debate en torno de la adecuación típica de los hechos atribuidos al desmovilizado en la audiencia de formulación de imputación tiene todo el sentido lógico y práctico, en tanto que hasta ahora se está anunciando la orientación de una investigación, a cuyo término se indicará con claridad su resultado.

Ello porque apenas se le está anunciando al desmovilizado que se le va a empezar a investigar, que se van a verificar las informaciones que ha entregado en la versión libre,

de suerte que discutir ahora por la precisión de la imputación jurídica, que como se ha dicho es eminentemente provisional, resulta muy prematuro en el horizonte procesal por despejarse.”

Por su parte, el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, dispone la remisión a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en lo no previsto en ella, razón por la que de cara al análisis de la procedencia de la detención preventiva, se impone el contenido de su artículo 308, precepto según el cual la medida de aseguramiento procede “cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga” .

De suerte, que tal norma vincula al juez con funciones de control de garantías con la verificación de elementos de convicción que lo conduzcan a acreditar la tipicidad de la conducta formulada de manera fáctica en la imputación, y por supuesto, de la correcta tipificación; sin que la modificación del nomen iuris que provisionalmente postula la Fiscalía en la formulación de imputación suponga conculcación del principio acusatorio, dado que la solicitud de medida de aseguramiento no es en estricto sentido un acto propio del debate probatorio oral que caracterice el proceso acusatorio, sino la discusión sobre la limitación de un derecho del justiciable (libertad personal) propia de cualquier sistema procesal.

Así que si bien el Magistrado con Funciones de Control de Garantías no interfiere en la determinación de la definición jurídica de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la imputación, situación diferente debe predicarse de la audiencia en la que se decide la imposición de la medida de aseguramiento, de observar una vulneración grave al orden normativo aplicable, y en las condiciones excepcionales que se señalan en este proveído; por lo que no es que se modifique la jurisprudencia de esta Corporación en ese sentido, como se insinuó por el fiscal apelante.

Su eventual modificación no puede interpretarse como una vulneración al principio de congruencia, como lo plantean los impugnantes, dado que éste se predica de los hechos, vale decir del inventario fáctico jurídicamente relevante, que habrá de ser coincidente con lo formulado en la imputación y lo contenido en el escrito de acusación, así como con los cargos por los cuales se imponga condena; lo que a su vez deberá ser congruente con la solicitud formulada por la Fiscalía en sus alegatos de clausura, al término de la vista pública; de suerte, que lo que resulta inmodificable desde la formulación de imputación son ciertamente los hechos contenidos en ella, es decir el aspecto fáctico de la imputación, no así su tipificación legal; la cual puede ir variando a la luz de los elementos de convicción aportados lícitamente, al punto que en su intervención final la Fiscalía tiene la opción de solicitar condena por aquella tipificación que ha logrado probar en el debate, así resulte un planteamiento novedoso en dicha fase procesal.

Esto porque, tanto el artículo 288.2 de la Ley 906 de 2004 que precisa el contenido de la imputación, como el 337.2 del mismo ordenamiento, que señala los requisitos de la acusación, se limitan a exigir, la “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”⁴, no exigiéndole al fiscal una denominación expresa de los tipos penales infringidos con dichos contenidos factuales; los cuales se entienden inamovibles (los hechos) en tanto son la esencia de la procedibilidad de la acción penal. No así la definición legal que a los mismos se les vaya dando a lo largo del proceso, necesaria entre otras cosas para definir la competencia, la procedencia y modalidad de la medida de aseguramiento en caso de que se solicite, pero variable a la luz de la evolución probatoria.

Tanto es así que el único momento en el cual el legislador exige al fiscal la tipificación expresa de los hechos jurídicamente relevantes es en su alegato de clausura, tal como se desprende claramente de los artículos 448 de la Ley 906 de 2004 para efectos de congruencia, como del 443 ibídem, en el que se le ordena que debe realizar su intervención en dicha fase procesal “tipificando de manera circunstanciada la

conducta por la cual ha presentado la acusación”.

Y esto a la vez supone que esta misma reingeniería a la que ha sido sometido el proceso penal, también incida sustancialmente en la estructura de la sentencia, en cuanto que en ella han de evaluarse, los hechos jurídicamente relevantes, las pruebas que los acreditaron o los infirmaron, la discusión en torno de ellas, realizada por los sujetos procesales e intervinientes; y por supuesto todo ello confrontado con lo solicitado por la Fiscalía, a fin de realizar la valoración final que conducirá a la conclusión que se indicará, tanto en el sentido del fallo como en sentencia.

Así las cosas, no se puede afirmar que se infrinja el principio de congruencia si en el curso del proceso se varía la denominación jurídica asignada a los hechos jurídicamente relevantes, esos sí inmodificables; lo cual refleja ciertamente el carácter dialéctico del proceso, resultado de la actividad investigativa del ente acusador.

De acuerdo con la arquitectura prevista por el Legislador para el diseño específico de nuestro sistema acusatorio, se dispuso la presencia de un juez de control de garantías con una doble dimensión, de una parte, interviniendo dentro de la dinámica de la actuación penal, para imprimirle impulso, verbigracia de la formulación de imputación; y de otro lado, lo que representa la esencia de su existir, esto es, preservar las garantías constitucionales de los ciudadanos que pudieran resultar afectadas en virtud de los actos de investigación practicados por los organismos encargados de dicha labor⁵.

Ahora bien, puestos en el escenario de la audiencia en la que el juez con funciones de control de garantías decide la solicitud de imposición de medida de aseguramiento realizada por la Fiscalía se deben precisar varios aspectos de cara a la impugnación:

1. Es el juez quien decide si impone o no la medida de aseguramiento y por tanto es él quien responde por su determinación. Por tanto, ha de ser celoso

controlador de que los presupuestos exigidos legalmente para su adopción se satisfagan a plenitud.

2. En consecuencia, ha de asegurarse que la Fiscalía le compruebe⁶: a) la identidad inequívoca de la persona a afectar con la medida, como que la misma fue la destinataria de la imputación; b) la realización de una conducta descrita legalmente como punible; y, c) que la medida es la apropiada en relación con el delito y que su imposición se hace, tanto necesaria como urgente.

3. Por ende, es el juez el llamado a realizar la inferencia razonable, con fundamento en los elementos de convicción que le ofrece el fiscal en dicha audiencia, “de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga⁷”.

De suerte que debería existir correspondencia entre los hechos contenidos en la imputación, la adecuación típica escogida por la Fiscalía para tales hechos, y las consideraciones del juez con funciones de control de garantías a efectos de la imposición de la medida. Sin embargo, pudiera suceder, como ahora, que el juez considere que la imputación jurídica que califica la formulación fáctica debe ser diferente; o, que es inaplicable por cualquier razón la norma incriminatoria en que se funda la Fiscalía, entre otras posibilidades; situaciones para las que el juez debería tener algún margen de movilidad; puesto que su decisión puede resultar trascendental para la preservación de la prueba, para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y en todo caso es él responsable por la decisión que en últimas adopte.

El punto a dilucidar entonces es, cuáles son las alternativas del juez con funciones de control de garantías frente a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, en el evento de no compartir la imputación jurídica formulada por la Fiscalía.

En una primera aproximación a la respuesta a dicho problema, y entendiendo que tal

situación se vive al interior de un sistema con clara tendencia acusatoria (el contenido en la Ley 906 de 2004), en el que el fiscal actúa como requirente, se podría simplemente pensar que el juez, al no constatar la satisfacción de los presupuestos exigidos en el artículo 308, en tanto en su sentir los hechos por los cuales procede la investigación se adecúan a una distinta descripción legal a la señalada por la Fiscalía, no le quedaría opción diferente a la de negar lo pretendido por ella.

Sin embargo, tal decisión puede calificarse como drástica e indiferente; lo que torna necesario -tal como lo entendió el legislador en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004- viabilizar la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, exclusivamente a efectos de la imposición de la medida y sólo a favor de los intereses del procesado, pues de otra manera se estaría traicionando el principio general del favor rei; sin que tal modificación afectara el de congruencia, ya que éste se predica entre los hechos formulados en la acusación y la condena.

Razonar de otra manera sería atar al juez de manera pétrea a la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía, y quitarle de tajo la opción del ejercicio de su función de control de garantías, en la que tiene cierto margen dispositivo en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento toda vez que en ella se admite controversia, tal como lo prevé el artículo 306, tanto en relación con los elementos de conocimiento con los que se sustenta la petición de medida como su urgencia; careciendo de sentido dicho debate si el juez no puede salirse de los parámetros dictados por la Fiscalía.

A diferencia del proceso regido por la Ley 906 de 2004, en el rituado por la Ley 975 de 2005, en el que la víctima es la protagonista, y la reivindicación de sus derechos la esencia de la justificación de un concepto de justicia transicional, el magistrado competente, claramente podría modificar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, aún en contra de los intereses del desmovilizado; se

insiste de manera excepcional en este tipo de proceso en el que se privilegian ante todo los derechos de quienes hasta ahora han sufrido la desesperación producida por la humillación y el desconocimiento de la más mínima consideración a su dignidad.

En conclusión, en contraposición a lo que señala el representante de la Fiscalía, hace parte de las posibilidades del Magistrado con Función de Control de Garantías, imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica; y sin que tal consideración afecte el principio de congruencia; el cual, se insiste, se predica entre los hechos contenidos en la formulación de cargos y la sentencia condenatoria.

El segundo problema:

1. La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad, cuyo reconocimiento se origina en los reclamos de la burguesía de la Europa del Siglo XVIII que veía con enorme preocupación que no existiera precisión sobre el contenido de lo prohibido, el juez llamado a juzgar los delitos, el procedimiento a seguir, así como el monto y la clase de pena aplicable, imponiéndose, por tanto la arbitrariedad del soberano; siendo pioneros de su materialización: Montesquieu⁸ llamando la atención de lo peligrosa que resultaba la costumbre como fuente de derecho y la necesidad de una ley en cuyo espíritu pudiera asentarse la expresión de las leyes naturales; Hobbes⁹ urgiendo sobre la necesidad de leyes que limitaran el egoísmo de los hombres; Beccaría¹⁰, quien influenciado por Jean Mabillon y por Montesquieu, reclamó por la ausencia de precisión de lo que estaba prohibido y permitido, entre otras consignas de su querella humanista; Rousseau¹¹ que abogó por la producción de la ley como expresión del contrato social; entre otros.

El principio de legalidad fue concebido como manifestación de la igualdad, la libertad y la fraternidad. La libertad reflejada en su esencia, en la materialización de lo intangible de su alcance, de manera que el albedrío del hombre lo conduce a la posibilidad de hacer todo lo que se quiera en tanto no esté prohibido; también la igualdad en la medida que como la ley contiene un mandato universal e impersonal, tiene como destinatarios a la totalidad de los integrantes del pueblo sin distingo alguno; y la fraternidad proyectada en la aspiración de que el mandato legal conduzca a generar la mayor cantidad de felicidad compartida por el más alto número posible de personas.

Así, la legalidad limitó la arbitrariedad del soberano, y modificando la relación del hombre y del poder con la ley, propició la desaparición de los súbditos y el nacimiento de los ciudadanos.

Fue tal la presión ejercida por las ideas libertarias surgidas en la ilustración, que el proyecto revolucionario francés irradió su luz creando un nuevo concepto del hombre y de sus derechos.

Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas.

Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho. Cuando el artículo 1º de nuestra [Constitución Política](#) declara que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, está invocando desde la dimensión del Estado de Derecho, el

respeto por el orden jurídico, la tri-división del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana.

Como se puede observar, el principio de legalidad es patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez, generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo debe ser preservado.

2. Sin embargo, el principio de legalidad, tal como fue concebido por el revolucionario francés, suponía la existencia del Estado nacional con presencia de los tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y protegían; siendo las garantías judiciales ante todo talanquera contra el poder arbitrario del soberano; situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.

Esto porque desde la segunda posguerra del siglo pasado, la comunidad horrorizada por la confrontación bélica, la barbarie y la intolerancia que sobrepasaba las fronteras y las capacidades nacionales, comenzó a construir un nuevo derecho penal con dimensión internacional, limitado a cuatro categorías de delitos que ofendían a la humanidad entera: el crimen de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario.

Estos llamados “delitos internacionales” generaron una reacción de la comunidad civilizada, en tanto que el titular de los derechos afectados con estas cuatro categorías delictivas era la totalidad de la humanidad, se comenzó a escribir en el contexto internacional un nuevo derecho con unas categorías un tanto distintas a las patrias, precisamente debido al grado de complejidad originado en la inexistencia, tanto de un legislador estricto sensu, como de una autoridad judicial de alcance planetario.

La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los

destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor.

Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad.

Es así que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹²

reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva.

Resulta oportuno reconocer que a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos se ha universalizado el compromiso legislativo en pro de su reivindicación y se han precisado los niveles de protección de los habitantes del mundo, en dos sistemas interrelacionados entre sí, con la obligación doméstica de ajustar sus estándares a la sistemática internacional.

Es más, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1º que “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”

Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por

actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”

A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1º que: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.” En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

Esta cláusula colocada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.

Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuenciales auspiciada –o sistemáticamente cometida– por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Nuremberg¹³, regidos por unos principios, el primero de los cuales advierte:

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

Y en el principio II se estipula que:

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

Por su parte, en los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad¹⁴” se leen los siguientes:

1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

Así, es claro que sin importar el momento de comisión del delito de guerra el mismo debe ser juzgado, pero a la vez que el Estado en que se cometió tiene derecho a investigarlo y en dado caso a imponer las condenas de rigor.

En el mismo instrumento, en su numeral 8º se dispone que:

“Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

Así, el principio de legalidad en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales -de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio, se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

En ese contexto de ampliación del concepto de ley, hay que recordar que nuestro país ha suscrito convenciones internacionales que sancionan delitos internacionales, entre ellos las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Tales Instrumentos fueron incorporados a la legislación interna de nuestro país, ya que mediante la Ley 5ª de 1960 se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; por la ley 11 de 1992 su Protocolo Adicional I y en virtud de la ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II.

A partir de la vigencia de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969) se considera que es un principio del derecho de gentes que en las relaciones entre Estados contratantes las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia Constitución ni su legislación interna para sustraerse de las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento

de los tratados vigentes.

Por otra parte, variadas han sido las experiencias en el contexto internacional en las que sin la mediación legislativa local se han aplicado penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la costumbre y jurisprudencia internacional, que han venido aclarando los alcances del principio de legalidad en este contexto; iniciándose con los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional, en protección de la humanidad.

También Camboya, país asiático que vivió la tiranía del régimen marxista-leninista-maoista de los Jamer Rojos, con la dictadura de Saloth Sar (llamado Pol Pot), entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, época en la que se exterminó por lo menos a la tercera parte de la población, período en que aquel país se llamó Kampuchea Democrática; crímenes para cuyo juzgamiento se instalaron en el 2006, a instancias de la ONU, Salas Extraordinarias de Juicios, una de las cuales produjo el pasado 26 de julio, la primera sentencia contra Kaing J.C. Eav, alias Duch; en la que se le juzgó y condenó como líder del régimen, no obstante no existir legislación patria que determinara que las atrocidades cometidas contra la población eran consideradas crímenes internacionales.

En Europa, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos¹⁵, ha dejado claro que en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.

En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con

plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay¹⁶, Argentina¹⁷, Chile¹⁸ y Perú¹⁹, entre otros.

Otra fuente de limitación al principio de legalidad en los países del Cono Sur, viene como efecto de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos (ratificada constantemente), en la que declaró la incompatibilidad de la ley de amnistía y punto final dictada en el Perú, con el Pacto de San José, ley expedida para garantizar la impunidad de crímenes cometidos por organismos o agentes del Estado; se abrió espacio para nuevos juzgamientos de crímenes internacionales en la región.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el conocido como “Caso Simón²⁰”, profirió sentencia el 14 de junio de 2005 dejando sin efecto también unas leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares (no obstante que por medio de sentencia de 22 de junio de 1987, ya habían sido declaradas ajustadas a la Constitución del país austral “Caso Camps”); sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se

abstendían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.

Incluso, desde antes de existir la legislación internacional que sancionaba los crímenes de guerra, era previsible que los mismos fueran a ser tipificados como tales, según sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, en el caso de Vassili Kononov, un exmilitar soviético que fue condenado en el año 2004 por un tribunal de Letonia; sentencia que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional²¹.

Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados

por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción:

“En este orden de ideas -conforme al Bloque de Constitucionalidad establecido mediante los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, que otorga una prevalencia superior a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin-, no puede desconocerse que hace varias décadas existen normas internacionales que han definido cuál debe ser la forma de proceder por parte del Estado Colombiano respecto de lo que se ha referido. En este entendido, no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto del ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.

En síntesis, el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio *pacta sunt servanda*, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la

Rochela Vs. Colombia...”

En síntesis, el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla no actuó por fuera del ordenamiento jurídico al haber revisado la tipicidad de los hechos jurídicamente relevantes formulados en la imputación para efectos de imponer medida de aseguramiento, como lo consideró el Fiscal apelante; pero erró en las consideraciones por medio de las cuales calificó inaplicable la legislación que sanciona los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario a las conductas desplegadas por BANQUEZ MARTÍNEZ antes del 25 de julio de 2001, esto es, de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000.

Por tal razón la providencia impugnada será modificada extendiendo la medida de aseguramiento de detención preventiva a la totalidad de delitos, al considerarse como infracciones graves al derecho internacional humanitario, tal y como lo solicita la representante de víctimas de la Comisión Colombiana de Juristas.

Huelga advertir que en lo no controvertido de la decisión por medio de la cual se impuso medida de aseguramiento, la Sala tiene vedada cualquier consideración por razones de limitación del recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la parte impugnada del auto por medio del cual se impuso medida de aseguramiento a ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ de acuerdo con la imputación parcial realizada en su contra en el proceso referenciado.

SEGUNDO: IMPONER a ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los siguientes delitos en función de los hechos

imputados:

Hechos imputados

Calificación jurídica realizada por la Fiscalía

1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, además en concurso material con toma de rehenes y desplazamiento forzado de población civil.

2. Masacre de San Isidro o Caracolí en Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, además en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 de en jurisdicción de Toluviéjo.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con tortura en persona protegida y toma de rehenes.

4. Masacre El Salao, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos; además de destrozar y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo (62 personas asesinadas), a la vez en concurso material con tortura en persona protegida, desaparición forzada (4), toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil, acceso carnal y acto sexual violento en persona protegida.

5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material

con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil y acceso carnal violento en persona protegida.

7. Masacre Chinulito, (cacerío El Prejo-Arenita) municipio de Colosó, cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.

Homicidio en persona protegida (10) en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.

8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas, 19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con desplazamiento forzado de personas y despojo en el campo de batalla.

9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, acceso carnal y acto carnal violento en persona protegida.

10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.

Homicidio en persona protegida

11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, y destrucción y apropiación de bienes protegidos.

12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates Bolívar.

Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con toma de rehenes, tortura en persona protegida y destrucción y apropiación de bienes protegidos.

13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.

Homicidio en persona protegida

14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María la Baja Calle del Puerto.

Homicidio en persona protegida

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Permiso

JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
J. IBAÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

Excusa justificada

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

SECRETARIA

1 Auto de 1º de julio de 2009, radicado 31788.

2 En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 975 de 2005, y lo señalado por esta Corporación en auto de 24 de febrero de 2009 dentro del radicado 30999.

3 Auto de 1 de julio de 2009, radicación 31788.

4 Sin que comprenda una obligación inmodificable para la Fiscalía la denominación expresa del los tipos penales infringidos con dichos contenidos fácticos.

5 Lo cual fue aclarado por esta Corporación en providencia de 12 de junio de 2008 dentro del radicado 29904.

6 En cumplimiento de lo previsto en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

7 Tal como se indica en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

8 MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa S.A., México, 1992; páginas 19 y siguientes.

9 HOBBS, Thomas. El Leviatán. Editorial Alianza, 2009, páginas 14 y siguientes.

10 BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis, cuarta edición, Bogotá 1998, páginas 23 y siguientes.

11 ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. , Editorial Porrúa S.A., México, 1989 páginas 33 y siguientes.

12 “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.”

13 Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

14 Aprobados por las ONU, en Asamblea General por medio de Resolución 3074 (XXVIII), el 3 de diciembre de 1973.

15 Entre otros, Sentencia de 22 de marzo de 2001, casos “Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania” y K.H.W contra Alemania”, conocidos como “casos de los disparos mortales en el muro de Berlín”.

16 Caso “Plan Cóndor” en Uruguay, sentencia contra José Niño Gavazzo Pereira y otros; en el mismo sentido la sentencia contra Juan María Bordaberry de 10 de febrero de

2010.

17 Recurso promovido en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel).

18 Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros); también Sentencia contra Alberto Fujimori, de 19 de abril de 2009.

19 Recurso de habeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete.

20 Toda vez que “se imputa a Julio Héctor Simón –por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina- haber secuestrado, en la tarde del 27 de noviembre de 1978, a José Liborio Pobrete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Martha Hlaczik, así como también a la hija de ambos, Claudia Victoria Pobrete” quienes después de varios meses de estar en instalaciones militares, desaparecieron sin que se conociera nunca sus paraderos.

21 Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.