

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta Nº 458

Bogotá D.C., doce de diciembre de dos mil doce

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por una Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó al desmovilizado FREDY RENDÓN HERRERA, por los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, utilización ilegal de uniformes e insignias de la fuerza pública, reclutamiento ilícito de menores en concurso homogéneo y sucesivo (309 en total), y el secuestro simple y posterior homicidio agravado del señor Rigoberto de Jesús Castro Mora -alcalde de Unguía Chocó-; impugnación formulada por 4 apoderados de víctimas, así como también por la Representante del Ministerio Público.

ANTECEDENTES

El 15 de agosto de 2006 se desmovilizó FREDY RENDÓN HERRERA con el Frente Norte Medio Salaqui del Bloque Élmer Cárdenas, presentándose voluntariamente ante el Comando

de Policía de Necoclí el 21 de agosto del mismo año; luego de lo cual -el 31 de agosto- ratificó su voluntad de sometimiento a la justicia, por lo que fue incluido en el listado que para efectos de ser candidato a que se le conceda la pena alternativa, remitió el Alto Comisionado para la Paz al Fiscal General de la Nación.

Por tanto, se dio inicio al itinerario procesal previsto en la Ley 975 de 2005, en desarrollo del cual se le escuchó en versión libre individual, y con fundamento en lo actuado se le realizó una imputación parcial, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, viniendo luego la formulación de cargos, y ya, ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, la de control formal y material de los mismos, la cual -se desarrolló en 45 sesiones- culminó el 17 de agosto de 2011, pasando luego al incidente de reparación integral, para finalmente proferirse la sentencia cuya apelación se analiza en este proveído.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia se inicia con el análisis de cada uno de los cargos imputados, formulados y legalizados contra el desmovilizado FREDY RENDÓN HERRERA, vale decir, concierto para delinquir agravado en concurso material con fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, utilización ilegal de uniformes e insignias de uso privativo de la fuerza pública, reclutamiento ilícito de menores -a su vez en concurso homogéneo y sucesivo-, secuestro simple y homicidio agravado¹; ocupándose luego de la identidad del postulado, el recuento de la actuación procesal, del resumen de las intervenciones realizadas en la audiencia de control formal y material de cargos², y posteriormente las del incidente de reparación integral³. Seguidamente se hace un recuento de los antecedentes históricos del conflicto y sus actores⁴ para posteriormente revisar el marco jurídico aplicable respecto de cada uno de los delitos imputados⁵, para concluir en la responsabilidad del postulado.

La individualización de la pena⁶ condujo a que RENDÓN HERRERA fuera condenado a 645 meses de prisión, multa en cuantía de 11.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, junto con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte años; además de reconocérsele la suspensión de la pena por una alternativa por el término de ocho años.

Posteriormente se decretó la extinción del dominio de algunos de los bienes entregados por FREDY RENDÓN HERRERA con fines de reparación, de acuerdo con solicitud elevada por la Fiscalía 25 de Justicia y Paz.

Finalmente, en la sentencia se resolvieron distintas peticiones relacionadas con las medidas de reparación de acuerdo con el tipo de delito⁷.

Así, para el reclutamiento ilícito de menores se negó el reconocimiento de perjuicios materiales aduciendo que no se probó que alguno de ellos trabajara al momento de su ingreso a la organización ilegal, y en consecuencia solo se ordenó el pago, a título de perjuicios morales, de una indemnización en salarios mínimos legales mensuales que varía según la edad de ingreso del joven a dicho grupo. Fue así como a quienes lo hicieron antes de cumplir doce años se les reconoció 25 SMLMV, a quienes iniciaron su vida en las AUC entre los 12 y 14 años se les reconoció una indemnización equivalente a 20 SMLMV, a los que entraron entre 15 y 16 años, se les adjudicó una reparación de perjuicios morales por 15 salarios; y, finalmente, de 5 salarios a quienes fueron reclutados teniendo más de 17 años⁸.

A su turno, se asignó a las niñas una reparación general de 20 salarios mínimos habida consideración de que sus sufrimientos fueron mayores dada su fragilidad y feminidad, lo que las hacía propensas a convertirse en objetos sexuales, con indiferencia de la edad de su ingreso⁹.

Así mismo, la sentencia advierte que si las víctimas cuya indemnización se decretó en

ella, ya han sido reparadas por vía judicial o administrativa, tendrán la opción de elegir –de entre las dos reparaciones- la que le sea más favorable; sin que pueda accederse a doble indemnización por el mismo hecho¹⁰. También se consideró en el fallo apelado que el pago a los jóvenes que fueron víctimas directas del reclutamiento no se haga de inmediato para evitar la confusión que se pueda originar en la sociedad, al concebirse el desembolso de tales sumas como un premio, incentivando a otros a ingresar a las filas de las organizaciones ilegales, lo cual se hace atendiendo recomendaciones de orden internacional.

En relación con la reparación del daño moral que se ordena a favor de los parientes de los jóvenes reclutados se dispuso que, en caso de que la presunción de dicho daño no hubiese sido desvirtuada, se le pagaría a los padres de los jóvenes que ingresaron a las filas cuando aún tenían menos de 12 años de edad, 25 salarios mínimos mensuales; a los progenitores de los que se enlistaron en la organización al margen de la ley entre los 12 y 14 años cumplidos, 20 salarios; a los de los niños que fueron incorporados cuando su edad oscilaba entre 15 y 16 años de edad, 15 salarios; y para los padres de jóvenes que fueron reclutados siendo mayores de 17 años, 5 salarios¹¹; a los hermanos de las víctimas directas la mitad de lo que se reconoce a los padres¹².

A su turno, el a quo negó cualquier reparación por el daño al proyecto de vida por no haber sido probado, dado que de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, no pueden ser hipotéticos, ni genéricos, sino específicos y ciertos los daños relacionados con este tópico¹³.

En el contexto de la rehabilitación de los jóvenes víctimas del delito, y de acuerdo con las dificultades que para ello fueron puestas en evidencia en la audiencia, la Sala ordenó, que se implementara un programa de atención psicológica individualizada para atender el estrés postraumático de batalla, según el tipo de diagnóstico y tratamientos

aconsejados, y para ello requirió a las instituciones vinculadas con el sistema de salud, a la preparación de los profesionales en las distintas especialidades psicológicas y psicosociales necesarias para atender las patologías surgidas del conflicto armado, así como la atención de las lesiones físicas y psiquiátricas que padecen los niños víctimas¹⁴.

Atendiendo la solicitud de reparación del daño colectivo, se exhortó al ICBF y “a las secretarías de Salud de los departamentos de Antioquia, Chocó y Córdoba, coordinados por la Mesa Intersectorial para prevenir el reclutamiento infantil, para que se implemente un programa de atención psicosocial, individual y grupal, dirigido a los miembros de los núcleos familiares de los menores reconocidos en esta sentencia, con el fin de sensibilizar y re significar el paso de los niños y niñas por el grupo armado ilegal y atacar las éticas y modelos de socialización ilegales.”¹⁵

Como garantías de no repetición el Tribunal exhortó a las autoridades públicas para que desarrollen políticas públicas orientadas a llevar el Estado a las regiones más vulnerables para la comisión del delito en cuestión, las cuales se precisan al ICBF, SENA, a las universidades de la región, al Ministerio de Educación, a la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Social del Territorio, al Ministerio del Interior, a la Agencia Colombiana para la Reintegración, a la Agencia Colombiana para la Reinserción, a las gobernaciones de Antioquia, Chocó y Córdoba, para que extiendan sus políticas y presencias a las regiones afectadas por el Bloque Elmer Cárdenas a fin de que se atienda a las víctimas del reclutamiento y se evite que nuevos jóvenes sean atraídos o reclutados por las organizaciones criminales.

Como medidas de satisfacción se identificó la necesidad de romper los vínculos jerárquicos existentes entre el desmovilizado y sus víctimas, muchas de los cuales aún lo perciben como un benefactor y ejemplo a seguir, con la colaboración de RENDÓN HERRERA, así como el ofrecimiento suyo de disculpas públicas a los menores agredidos,

proceso dirigido por el Estado; además de exhortar a la Secretaría de Educación de Necoclí a instalar en el lugar en que se encontraba la base de entrenamiento militar el Roble, un escenario de reunión comunal, según acuerdo con víctimas y habitantes, que puede ser una escuela pública o un espacio cultural; también la instalación de una placa en la que –sin incluir los nombres de los jóvenes– se invite a reflexionar acerca del reclutamiento forzado; adicionalmente a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación la instalación de una placa en cada plaza central de los municipios del Urabá antioqueño, chocoano y cordobés, con relatos anónimos que invoquen la crueldad del reclutamiento.

De la misma manera, se exhorta a la oficina de la Vicepresidencia de la República a fin de que en la celebración del día del niño soldado -12 de febrero- se realicen campañas de prevención del reclutamiento; a los jóvenes que lo deseen y consideren que su vida no corre riesgo, a ofrecer excusas por las violaciones a los derechos humanos que cometieron en su calidad de menores de edad; a los jóvenes víctimas del reclutamiento que no tengan resuelta su situación militar, declararlos exentos de tal obligación y ordena en consecuencia al Ministerio de Defensa la expedición de sus libretas militares; se exhorta a la Fiscalía General de la Nación para que investigue y persiga los bienes en Colombia de las filiales y sucursales de Chiquita Brands, con fines de reparación de las víctimas de los bloques con presencia en el Urabá antioqueño y chocoano; entre otras determinaciones.

Como medida de reparación del daño a sujeto colectivo se ordenó la promoción de un ambicioso programa de apropiación y ejercicio de los derechos por parte de los entes territoriales donde hizo presencia el bloque Élder Cárdenas, así como programas de auto sostenimiento de la región y psicosociales de apoyo a las víctimas, lo mismo que campañas de prevención del delito de reclutamiento forzado.

Finalmente se ordenan medidas de reparación del daño originado con el secuestro y homicidio de Rigoberto Castro.

LOS RECURSOS

La sentencia en cuestión fue apelada por los siguientes sujetos procesales:

1. La doctora Claudia Liliana Guzmán Sánchez, representante de víctimas, quien así orientó el planteamiento de su inconformidad:

En primer término cuestionó el fallo por no haber concluido que los menores reclutados devengaban el salario mínimo, por cuanto el Tribunal consideró que por su edad no se podía presumir que los reclutados ganaran el salario mínimo legal mensual vigente, lo cual encuentra contrario a la obligación de protección de la niñez trabajadora, y en consecuencia la exigencia de la acreditación de las horas laboradas, resulta altamente discriminatoria e inequitativa, cuando en realidad se debió aplicar la presunción contenida en el artículo 115 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en relación con lo que debe recibir como salario un menor trabajador.

Así, solicitó que se reconociera como daño material el salario mínimo a los menores reclutados.

Indicó también dicha representante de víctimas que como consecuencia del error planteado en relación con el salario mínimo a título de daño material, también se alteró la forma en que se cuantificaron los perjuicios morales originados también en el reclutamiento ilícito de menores de edad, al fijar un tope “que no se compadece con el dolor y pérdida de los menores reclutados”; y se perdió el norte de la reparación moral que tiene objetivos más amplios de los entendidos por el Tribunal, lo cual se evidenció en la fijación de un monto injustamente bajo, y por tanto desproporcionado frente a los daños originados por el reclutamiento de aquéllos que, por ese hecho, perdieron su infancia.

En apoyo de su argumento, calificó como paradójico que en reparación administrativa, consuetudinariamente más baja que la judicial, se le haya reconocido a una niña reclutada la suma de dieciséis millones de pesos, cuando en la sentencia apelada, el monto por el mismo concepto, ni siquiera ascendió a los diez millones, cuando, con los testimonios recepcionados en la audiencia, se puso de manifiesto el gran impacto psicológico de los niños soldados y su dificultad de integrarse a la sociedad, amén de la desintegración de sus familias a causa del reclutamiento, lo que trajo marginación y discriminación social a la región.

En segundo lugar, la apelante cuestionó la consideración del a quo, según la cual las indemnizaciones administrativa y judicial no pueden concurrir, quedando a discreción de la víctima escoger cuál de las dos persigue; aduciendo que de acuerdo con el Decreto 1290 de 2008 la reparación administrativa es complementaria de la judicial, y que en consecuencia, resulta desatinado afirmar que la víctima no puede acceder a doble indemnización invocando el mismo origen de daño, como se hace en la sentencia apelada.

Como tercer punto de disenso cuestionó el condicionamiento que el Tribunal impuso al pago de los daños tasados relacionados con el delito de reclutamiento ilícito, referido a que sólo sería procedente cuando “la Agencia Colombiana para la Reintegración o quien haga sus veces, certifique que las víctimas directas han cumplido todo el plan de reinserción previsto en su normatividad”; en sustento de lo cual arguye que los reclutados fueron precisamente las víctimas y no los victimarios, y por tanto deben disfrutar de inmediato de su condición de niños y jóvenes, y menos aún pueden ser tratados como delincuentes a los que se les otorga una generosa gracia; y por lo tanto, no resulta coherente que mientras el sujeto activo de crímenes internacionales ingrese desde el principio sin condicionamiento alguno a programas de reinserción, a la víctima de los mismos se le someta al mismo tratamiento, el cual dura cinco años aproximadamente, como prerequisite del pago de la indemnización a la que tienen

derecho; lo cual, a juicio de la apelante, se aprecia inequitativo y violador de los derechos preferentes de niñas, niños y adolescentes incorporados en el conflicto armado en condición de combatientes.

Otro punto de su inconformidad se origina en que, según refiere la apelante, el Tribunal omitió la indemnización de algunas víctimas que según la libelista fueron descartadas no obstante haber sido acreditada su situación como tal:

-Respecto del reclutamiento del joven Eduard Murillo Moreno, no se reconoció como víctima indirecta al joven Geifer Rivas Palacio, hermano de crianza de aquél, a quien el tribunal le negó la reparación de daño moral.

-Frente a la víctima directa del reclutamiento, joven Ludis Esther Atencio Montoya, no se ordenó reparación a favor de la madre de crianza, señora Celis Villalobos Ayala.

En conclusión la libelista solicita, respecto de este tópico, que a tales personas se les incluya en la liquidación correspondiente y se les cuantifique el daño moral.

Finalmente, la censora solicita que se le contesten algunas peticiones hechas en el momento procesal oportuno pero cuya definición fue omitida en la sentencia de fondo, por lo cual predica la deficiente motivación del fallo:

-Que en la sentencia se reivindicara el buen nombre de los jóvenes reclutados, en el sentido de que se declarara formalmente –en dicha providencia y de forma pública– que ellos fueron víctimas de la guerra.

-La reivindicación solemne de la reputación de las víctimas, dada la estigmatización de que son objeto.

2. La doctora Luz Elizabeth Días Sáenz (también representante de víctimas):

Se ocupó de varios aspectos de la sentencia con los que expresó su inconformidad:

Uno primero, relacionado con los daños materiales originados en que, los jóvenes prestaron sus servicios en meses y años, en condiciones extremas de inseguridad, seguramente sin horario laboral, y como trabajaron “en condiciones infralegales e infralaborales” se merecen el reconocimiento de por lo menos el salario mínimo en su favor; y que al no serles pagado en su condición de combatientes, se les generó un daño real y concreto que debe ser indemnizado, a lo cual se negó la sentencia apelada; no obstante que está probado que fueron reclutados y puestos a trabajar en condiciones ilegales.

Una segunda inconformidad está dirigida a cuestionar la forma en que se calcularon los perjuicios morales de sus representados:

-De una parte considerando muy bajos los montos que fueron reconocidos a las víctimas, frente a un tope máximo de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto por la ley penal; siendo claro que ningún dinero es suficiente para reparar tales daños; por lo cual solicita elevar dichos montos.

-Sobre todo -los perjuicios morales- en relación con dos personas que vieron afectada su función locomotora -uno por pérdida de más del 60 % de su pierna derecha (Jair Mosquera de León), y el otro por pérdida permanente de movilidad en su pierna izquierda (Benito Cardona Rentería-).

Frente a los mismos perjuicios morales considera la censura inequitativo y una expresión de discriminación de género, el que a las niñas perjudicadas se les otorgue una indemnización mayor que a los varones, siendo en todo caso mínima e insuficiente; por lo que, si bien reconoce, como lo dice el Tribunal, que las niñas son más

vulnerables al abuso y violencia sexual, tal situación no debe generar una diferencia tan notoria frente a los niños, quienes también padecieron el mismo dolor que aquéllas, y vieron afectada su emocionalidad por la falta de libertad que presidía su autodeterminación, subordinada a los mandos paramilitares.

Una tercera censura con el fallo objeto de la alzada, la defensora pública la dirige a señalar que varios familiares, víctimas indirectas, fueron excluidos de la reparación, por lo que solicita que se incluyan como beneficiarios a las siguientes personas, a quienes presenta como víctimas indirectas:

Víctima indirecta

Nivel de parentesco

Víctima directa del reclutamiento ilícito

María Diela Cardona

Madre

Jhonatan Carmona

Edier Smith Carmona

Hermano

Gloria Benítez Carmona

Hermana

Regina de León Córdoba

Madre

Ángel Jair Mosquera

De León

Tania Tamayo Córdoba

Tía

Norys Córdoba

Abuela

Luis Olier Pérez

Padre

Óscar Manuel Pérez

Álvarez

Diana Milena Pérez Álvarez

Hermana

Ana Luisa Álvarez

Madre

Luis Pérez Álvarez

Hermano

Rosicler Pérez Álvarez

Hermana

José Luis M. Pérez Álvarez

Hermano

Jesús Manuel Pérez Á.

Hermano

José Luis Pérez Álvarez

Hermano

Celia Rosa Suárez

Abuela de crianza

Rubén Feria Bravo

Benito Cardona Beltrán

Padre

Benito Cardona Rentería

Un cuarto reproche realizado por la apelante se centra en la reparación por el daño a la vida de relación, la que fue negada, especialmente de Ángel Jair Mosquera de León, quien perdió más del 60 % de su pierna derecha, y Benito Cardona Rentería, persona que sufrió pérdida permanente de la movilidad de su pierna izquierda, y que padecen el perjuicio por tal situación.

Así mismo, el reclutamiento ilícito dificulta la reconstrucción de lazos de amistad entre las víctimas directas y sus comunidades, toda vez que aumenta el temor con el que se les observa y reduce la confianza a niveles tales que impiden o dificultan gravemente su reincorporación al seno de su sociedad; por lo que solicita que sus representados sean indemnizados por dicho concepto.

3. La defensora pública de víctimas, doctora Yudy Marinella Castillo Africano, inicia su sustentación reiterando sus solicitudes realizadas en el incidente de reparación integral y no respondidas en la sentencia, específicamente con relación a atención y apoyo psicológico, ordenado a una de las hijas de uno de los ilícitamente reclutados, el que debe ser extensivo a sus demás hijos.

En segundo lugar se ocupó de solicitar que a los reclutados ilícitamente se les indemnizara su lucro cesante a razón del salario mínimo que devengaban al momento de su ingreso a la organización armada ilegal, en cumplimiento de la presunción del artículo 115 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En tercer lugar se opone a la conclusión del Tribunal, según la cual, aplicando

normas internacionales, no conviene que el menor reciba dinero de indemnización, para que la sociedad no vea como un premio que se les otorga a quienes le hicieron daño, por cuanto los Principios de París y las opiniones de expertos se aplican cuando los menores siguen siéndolo, no así cuando tienen calidad de mayores de edad como sucede en estos casos, algunos de los cuales han conformado ya hogares, por lo que el temor del destino que los menores darían a dichos dineros, estaría disipado con su mayoría de edad; además que los hechos victimizantes tuvieron ocurrencia entre el 96 y el 2004, por lo que la reparación que se les pagaría ahora no sería inmediata, y en cambio serviría para mitigar las penurias y necesidades que han debido soportar con origen en el rechazo social propio de la visión de ex combatientes que de ellos se tiene

También cuestiona la forma en que se tasó el daño moral de las víctimas directas, siendo claro que para ellas no podía aplicarse la misma medida que para las indirectas, toda vez que además del desprendimiento y separación temporal de sus familias, también tuvieron que padecer situaciones difíciles en las filas de sus reclutadores, por lo que debe revisarse dicha tasación.

La apelante solicita que además del reconocimiento de la reparación a través de las medidas denominadas de “rehabilitación por la afectación al proyecto de vida, la pérdida de la niñez y las secuelas –estrés postraumático e hiper excitación-; sea a su vez reconocida la suma adicional de 250 salarios mínimos legales vigentes como medida compensatoria por la pérdida de la niñez. Para ello arguye que debe ser revocado el numeral 5º de la sentencia y en su lugar ordenar el pago aludido.

Otro tópico que fue materia de cuestionamiento por parte de la apelante, fue el relacionado con aquellas peticiones reparatorias mencionadas en el incidente de reparación integral, pero que califica la censorsa como ignoradas en la sentencia: a) como que se ordene el pago a las víctimas que aún no se han hecho presentes al proceso, con fundamento en varios precedentes del sistema interamericano, petición justificada en

la imposibilidad de ubicar a varios de los parientes de los reclutados ilícitamente, así como de compilación de los documentos necesarios para el ejercicio de la acción, y en consecuencia se conceda un plazo de 24 meses para recoger la indemnización concedida también a sus pares; b) la vigilancia y control a los procesos adelantados contra los menores reclutados -Lorenzo Yáñez Julio-, o contra los responsables de la muerte de menores que cayeron en su actividad militar (Sergio Andrés Pulgarín Restrepo, Jeison Alexander Ruiz Calle, Juan Camilo Lemos Bardricho, Leonel Vargas Florez); para evitar su impunidad; c) subsidio en proyectos agrícolas, técnicos y tecnológicos dirigidos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; d) incorporación de cada uno de los reclutados a los programas de protección integral de asistencia y atención a víctimas, subsidios de vivienda, de retorno y reubicación, y todos los programas que se desarrollen en cumplimiento de la Ley 1448 de 2011.

Plantea también como parte de su inconformidad, que se revoque el condicionamiento impuesto en la sentencia al pago de los perjuicios morales, pues al tratarse de personas mayores de edad, muchas de ellas con proyectos de vida en marcha, no puede condicionarse dicha erogación por cuanto rompe con la igualdad de las otras víctimas y además sólo sería merecedora de tal reparación una vez cumpla ciertos requisitos, como si su calidad de víctima no la tuviera ya.

Un aspecto adicional de la apelación está vinculado con el punto 26 de la parte resolutive del fallo impugnado, en tanto allí se impone que “los jóvenes que quieran, y consideren que su vida e integridad no corre peligro, deberán, igualmente solicitar perdón por las violaciones a los derechos humanos que perpetraron siendo menores de edad”, toda vez que dicha medida muestra a las víctimas como victimarios.

Por último, la abogada en cita, solicita adicionar algunos nombres de parientes de los reclutados, a los que se negó el derecho a ser reparados:

-Jaime Mena (padre del reclutado Jhon Jamer Mena)

-Luz Amparo Calle, hermana de Jeison Alexander Ruiz.

-Anna Felicia Primera, Livis Primera, Yesenis Zabala, Yorley Zabala, Clímaco Gamboa, Alejandro Zabala, Clímaco José Zabala, padres y hermanos de Waiser Zabala Vargas, lo mismo que los otros hermanos Ángel Humberto Y María Alejandra Gamboa.

-Dariluz Murray, Dulfarys Murray y Jefferson Rivas, hermanos de Daniel Murray Rivas.

-Daniel Murray Rivas, hermano de Jefferson Rivas López.

A favor de quienes solicita el reconocimiento de dichos perjuicios.

4. El doctor Héctor Enrique Rodríguez Sarmiento (representante de víctimas) también se ocupó de cuestionar los montos de la reparación, aduciendo, en primer término que debió reconocerse el salario mínimo como presunción de lo que devengaban los jóvenes al momento de ser integrados a las filas de las AUC, y también se opone a que la orden de pago de las reparaciones concedidas a las víctimas directas esté sometida a condición alguna, pues no son en este momento menores de edad y por tanto la recomendación contenida en los Principios de París en tal sentido no opera para ellos.

Cuestionó también el monto de los daños morales reconocidos a las víctimas, el que calificó de desproporcionado con el sufrimiento de que fueron presa en su paso por las filas de dicha organización armada al margen de la ley, soportado en los distintos informes e investigaciones que se presentaron en el curso del incidente de reparación integral; además de destacar la diferencia entre el monto reconocido en la sentencia atacada y el que ha consignado la Corte Interamericana en sentencias contra nuestro Estado, como las de Ituango y Puerto Bello, de acuerdo con el cual debe proceder nuestro Estado a reconocer la correspondiente indemnización, toda vez que la suma fijada no resulta

proporcionada, razonable y ponderada, para compensar el sufrimiento causado.

Insistió también en la reparación al daño a la vida de relación a la que tendrían derecho sus representados, sin enfrentar la motivación de su desconocimiento en la sentencia apelada, esto es, la falta específica de su prueba, limitándose a señalar genéricamente “la prueba de este tipo de daño está en los documentos, intervenciones, estudios, presentaciones, declaraciones, obrantes al proceso, según los cuales el menor reclutado sufre consecuencias por esta nefasta experiencia temprana, de la cual no podrá recuperar su vida normal, y por tanto las secuelas y la estigmatización lo acompañarán en su vida cotidiana; y concluye confundiendo los daños psicológicos con el de daño a la vida de relación.

En consecuencia, solicita que se revisen los montos por reparación inmaterial de carácter moral, así como los daños materiales, y además que se reconozca reparación por daño al proyecto de vida.

4. La impugnación de la representante del Ministerio Público.

La doctora Diana María Cadena Lozano -Procuradora 43 Judicial II Penal- interpuso recurso de apelación contra la sentencia, con fundamento en que allí no quedó claro el concepto de reparación colectiva, ni el de la representación de víctimas indeterminadas -temas que le son propios al Ministerio Público-; pero sin concretar en estricto sentido inconformidad directamente orientada a la modificación de alguna parte del fallo impugnado; aunque sí precisando la estrategia probatoria y operativa adelantada por dicha agencia oficial, a partir de lo cual critica la parcialidad envuelta en el solo delito macro de reclutamiento ilícito al que se contrae la sentencia, cuando alrededor de dicha conducta se vinculaban un sinnúmero de prácticas de victimización asociadas con el accionar armado; y por ende la comprensión del daño colectivo también se aprecia de manera incompleta o parcial, en lo cual concreta su recriminación; la que se alza por la

“imprecisión conceptual” del Tribunal.

Los no recurrentes:

El defensor de FREDY RENDÓN HERRERA llamó la atención sobre la posible vulneración del principio de legalidad de la pena, en tanto los reclutamientos se produjeron en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 y por tanto se vulnera el principio de legalidad y de favorabilidad al sancionarse con fundamento en legislación posterior desfavorable a los intereses de su asistido.

Cuestión adicional:

Luego de radicado el recurso en esta Corporación, se recibió un documento suscrito por los Directores de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que dicen aclarar algunas situaciones relacionadas con varios puntos de la sentencia, la cual no obstante no haberles sido notificada, contiene varias exhortaciones y órdenes relacionadas con una serie de actividades orientadas al desarrollo de políticas públicas de atención a las víctimas del reclutamiento ilícito.

En dicho documento, luego de hacerse un recuento de la legislación existente sobre desmovilización, se relata el procedimiento que se sigue con quienes siendo menores de edad, dejan las armas, para finalmente realizar algunas consideraciones en orden a precisar las competencias de las medidas que se ordenan en la sentencia a las instituciones equivocadas.

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.

En orden a resolver los aspectos materia de impugnación la Sala iniciará con algunas reflexiones relacionadas con el reclutamiento ilícito para abordar luego las inconformidades vinculadas con el condicionamiento al pago de los perjuicios originados en dicho punible, para posteriormente enfrentar los cuestionamientos relacionados con los contenidos y montos de las indemnizaciones, pasando luego a la concurrencia de las reparaciones judicial y administrativa, y seguidamente abordar el tema de las pretensiones desatendidas por el Tribunal.

La Sala aprovecha la oportunidad para saludar como buenas prácticas judiciales estos esfuerzos de sentencias concentradas por delitos y exhorta a que se sigan atendiendo de esta manera los procesos, como una perspectiva integral sistemática y coherente de abordaje por vía judicial del acontecer delictual que se somete a su consideración; lo cual va haciendo más ágil el procedimiento en la medida en que se van profiriendo sentencias, como la apelada, en las que se realiza la contextualización por bloques, – el “Élmer Cárdenas” en el asunto de la referencia-, la cual ya no es necesario que se repita en otros fallos o procesos, convirtiéndose en referentes obligados de todas las demás providencias en que se juzgan los punibles cometidos por dicho frente, providencias que habrán de ser más expeditas en tanto ya no se requiere repetir la mencionada exposición del contexto, siendo suficiente solo una por bloque y por frente, para no incurrir en repeticiones innecesarias y superfluas, que en todo caso, retrasan el avance del conocimiento de los hechos delictivos y la imposición de su condigna pena.

1. Sobre el reclutamiento ilícito.

Comienza la Sala por reafirmar que esta conducta punible es una de las formas de explotación más detestables y crueles, cuya gravedad deviene del hecho de tratarse de un delito cometido contra un grupo de personas que se encuentra entre los más

vulnerables y que merece especial protección¹⁶ e igualmente por la calidad de los daños causados a los mismos.

Los menores de edad que son reclutados de manera ilegal y que son obligados a participar directa o indirectamente en las hostilidades, además de ser expuestos a una gran cantidad de riesgos, generados no solamente por las circunstancias que rodean un conflicto armado no internacional, sino por el cruel tratamiento que reciben por parte de los miembros de estos grupos, al dejar de ser considerados personas y pasar a ser “objetos de guerra” fungibles, sufren daños irremediables con consecuencias en el resto de sus vidas y no solamente durante el lapso transcurrido en los campos de combate.

La convivencia pacífica es un presupuesto empírico del Estado de derecho y por tanto el monopolio de las armas en su poder tiene como objetivo el mantenimiento del orden y la concordia social.

La paz es presentada por el artículo 22 de nuestro texto constitucional, como un derecho y a la vez como un deber de obligatorio cumplimiento en razón de la importancia que tiene para el cumplimiento de los cometidos estatales; y en tanto expresión de la razón su reinado depende de la evitación de la guerra.

Pero no obstante ser la confrontación bélica una traición al mandato de la paz, la razón ha logrado que también la guerra tenga unos lineamientos normativos que limitan sus efectos devastadores, contenidos en el Derecho Internacional Humanitario.

Precisamente, como la guerra la realizan combatientes o guerreros, el DIH se encarga, entre otras cosas, de precaver y regular la calidad de las personas que a ella se dedican, advirtiendo como una infracción en su contra que se involucre a menores de edad.

Ya esta Sala ha advertido frente al reclutamiento ilegal que¹⁷:

“La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado.

El derecho internacional humanitario, esa rama del derecho surgida del horror, construida sobre las humeantes ruinas europeas de la segunda guerra mundial, escrito con la sangre de las víctimas y animado por los gritos de horror salidos de sus moribundas entrañas que aturden la racionalidad fracasada, para quienes no hubo explicación sobre lo inevitable de las guerras, las que esconden en su justificación nada más que la vanidad, la avaricia y el orgullo de aquéllos a quienes nada importa los derechos de los demás.

La justificación de la guerra entraña por tanto el fracaso del discurso filosófico de la modernidad, ese que exaltaba al hombre como eje del conocimiento y razón de ser del mundo, de ese meta-relato que condujo a la ciencia a convertirse en usufructuaria de las vanidades y a que subordinara al hombre bajo la técnica, a su vez puesta al servicio de intereses egoístas que esconden la acumulación de poder, siendo la guerra el mejor medio para realizar las aspiraciones de los que traicionaron la doctrina del protagonismo del hombre.

Pues bien, el DIH se fue gestando como paliativo frente a la aparente inevitabilidad de la guerra, provocada por los intereses mezquinos, presentada descarnadamente como la partera de la historia. Con vergüenza el mundo civilizado tiene que seguir apelando a la normatividad del DIH, originada en la incapacidad de la política de encontrar caminos diferentes para el logro de la convivencia pacífica, de esa paz perpetua con la que

soñaron Kant y los utópicos, fundada, en todo caso en la justicia social.

De manera enérgica se debe declarar que en nuestro territorio se respeta el derecho de la guerra, ya que la Ley 5ª de 1960 avaló la aplicación de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 11 de 1992 se aprobó la aplicación del Protocolo Adicional I de 1977 y la Ley 171 de 1994 la del Protocolo Adicional II.

Permitir que los menores hagan parte del conflicto armado, como combatientes, mensajeros, informantes, utileros, o de cualquier manera, constituye una afrenta contra el Derecho Internacional Humanitario.

Se ordena en el Título II artículo 4º, numeral 2º del Protocolo II, que:

“c) Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;”

Por tal razón el reclutamiento de menores, en principio con edad inferior a quince años, se convierte en un crimen de guerra, y de manera específica nuestro Código Penal en su artículo 162, inserto en el Título II dedicado a penalizar los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, extiende dicha protección a los 18 años, intentando evitar que a los infantes les sea arrebatado su derecho a ser niños, advierte:

“Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y

multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

También en cumplimiento de dicho postulado del DIH, la Ley 418 de 1997 modificada por el artículo 2º de la Ley 548 de 1999, sentencia:

“Los menores de dieciocho (18) años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad.”

Los menores de dieciocho años ciertamente no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida.

Su reclutamiento conduce a la desaparición de los futuros agricultores y al nacimiento de guerreros baratos, apasionados y no deliberantes, para quienes la única normalidad es la obediencia y la guerra; pero además, interrumpe la evolución cultural y económica del entorno social, sustituye la esperanza del bienestar colectivo por la convicción de que la intervención violenta facilita el cumplimiento de objetivos estratégicos de la máquina de muerte a la que sirven, también alienta la opción de la guerra como alternativa laboral posible para otros niños que enfrentan su evolución psicológica a la rebeldía de su orden, sustituye la inocencia por la sed de muerte, les roba sus sueños, acalla al campo, a la familia y a la sociedad en un mismo silencio, ya que la alegría y la felicidad huyen del tableteo de metralla.”

Por tanto, la tipificación del reclutamiento ilícito como delito contra el derecho internacional humanitario involucra la expectativa que tiene el mundo civilizado en relación con que su niñez y juventud se formen en la escuela y en la familia, no en la guerra.

Esto porque cuando los menores ingresan al grupo armado ilegal sufren una afectación a su derecho a la identidad ya que dejan de ser individualizados por su nombre y apellido, siendo inmediatamente privados de su derecho a la educación, a tener un hogar y a crecer en las condiciones que esto implica, a ser separados además de su entorno y principalmente privados de su niñez y su adolescencia, etapa crucial en el desarrollo y un momento de vida culminante para forjar su personalidad futura.

La Corte Penal Internacional en su primer fallo, precisamente por reclutamiento ilícito, ha concluido que en el contexto de la guerra los jóvenes se encuentran expuestos a un ambiente de miedo y violencia¹⁸ y a tratamientos incompatibles con sus derechos fundamentales¹⁹.

Aunado a lo anterior, las dificultades que enfrentan no terminan con su liberación, no pudiéndose reflejar con palabras las dimensiones del daño físico y psicológico causado por la guerra, pues perdieron el rol que tenían dentro de su comunidad, son estigmatizados al ser considerados perpetradores de delitos por la misma comunidad e incluso dentro de sus propias familias, sin dejar de mencionar los problemas de salubridad básica que presentan algunos, de una gravedad tal que se califica de irremediable; puesto que no podrán olvidar lo que han visto y sufrido, pero sobre todo, lo que han hecho.

Reitera esta Sala que los niños no pertenecen a la guerra, su lugar se encuentra junto a sus familias, en sus colegios y en un entorno que permita su crecimiento y desarrollo y no en actividades que les causan tal nivel de perjuicios que les dejan marcas permanentes. El reclutamiento ilícito de menores es totalmente inaceptable, deja huellas que nunca serán borradas en personas vulnerables e inocentes y además afecta a toda la nación pues el futuro de estos menores está vinculado con generaciones enteras perdidas para un destino común de armonía y convivencia pacífica, o por lo menos

comprometidas.

Ha indicado en su fallo la Corte Penal Internacional que es necesario que el delito de reclutamiento de menores haya sido cometido en el contexto de o asociado con un conflicto armado²⁰, toda vez que el objetivo principal de las prohibiciones contenidas en el DIH en este sentido se dirige a proteger a los menores de 15 años de los riesgos asociados con él y a asegurar su bienestar físico y psicológico²¹. Esto porque hay ciertos traumas serios que acompañan el reclutamiento (separación de sus familias, interrupción de su educación y exposición a un ambiente de violencia y miedo).

Lo determinante, según la Corte Penal Internacional, para afirmar que un menor ha participado activamente en las hostilidades es el hecho de que su actividad haya estado relacionada claramente con ellas, esto es, que haya tenido un impacto a nivel de logística y/o en la organización de las operaciones²². En otras palabras, el joven al desarrollar estas actividades se tuvo que haber convertido en un blanco potencial²³, haber sido puesto en peligro²⁴, así no haya participado directamente en las hostilidades, sin perjuicio de la conexión que se requiere entre el combate y la actividad desarrollada por él²⁵, a efectos de poder considerar la presencia del delito en cuestión contra el Derecho Internacional Humanitario.

Así mismo, de conformidad con la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso en contra de Fofana y Kondewa, el reclutamiento incluye todas las conductas que impliquen la aceptación del menor como parte de la milicia²⁶.

En conclusión, en ningún bando de la guerra debe haber menores de edad, y su inclusión, a cualquier título, representa un grave atentado contra el DIH, lo cual se convierte en un postulado imperativo cuya prevalencia compromete nuestro Estado de Derecho.

A FREDY RENDÓN HERRERA se le condena por realizar 309 reclutamientos ilícitos, esto

es, por haber incorporado a las filas de la organización al margen de la ley que dirigía, a personas que aún no habían cumplido la mayoría de edad, muchos de los cuales continuaron al interior de la organización armada ilegal una vez superaron la barrera de los 18 años.

Esto significa que debe quedar claro que las 309 personas relacionadas en la sentencia, fueron víctimas de reclutamiento ilícito y FREDY RENDÓN HERRERA el responsable de tales punibles; y en condición de víctimas es que vienen mencionados tales jóvenes en la sentencia.

Ya la Sala se había ocupado de la posibilidad de que las víctimas de este delito pudieran tener la doble connotación de víctimas, pero también de victimarios, esto en razón de los delitos graves que hubiesen podido cometer siendo ya mayores de edad. Así reflexionó esta Corporación al afirmar²⁷:

“Por tal razón, se había venido considerando al menor combatiente, ante todo, como víctima del reclutamiento ilegal. Sin embargo, al sopesar dicha situación con los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del Parágrafo Segundo del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que admite la posibilidad de indulto a los menores participantes en actividades militares y responsables de delitos graves, en la sentencia C-203 de 2005 modificó tal forma de razonar, desde el supuesto según el cual los menores tienen la doble condición de víctimas y victimarios, y en tanto pueden ser responsables de delitos graves, su juzgamiento solo puede adelantarse a partir del cumplimiento del conjunto de derechos que acompañan su trasegar por el proceso sancionatorio, reconocido, tanto en el bloque de constitucionalidad como en la ley patria. Así lo explicó:

“¿es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido

cometer en el curso del conflicto armado?

6.4. La respuesta a este interrogante es la siguiente: no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas, que ya fueron reseñadas en los acápites precedentes, serán sintetizadas en el capítulo final de esta sentencia, y constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.

Las razones por las cuales la Corte considera que el procesamiento jurídico-penal de estos menores no desconoce las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, ni es incompatible con la protección especial que merecen por sus condiciones personales, siempre y cuando se respeten plenamente las garantías aludidas, son las siguientes:

6.4.1. Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales -muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente "voluntaria"-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas - y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e

internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales²⁸).

6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de

víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión ab initio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados –los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.”

Se dice que un alto porcentaje de los combatientes en el conflicto colombiano no superan la minoridad²⁹, lo cual adquiere dimensiones trágicas frente al futuro próximo de la superación de las hostilidades. Por tal razón la Ley 975 de 2005 en su artículo 64,

para alentar a los miembros de los grupos armados al margen de la ley a entregar a sus integrantes menores de edad, dispuso que el haberlos tenido en sus filas, no constituye causal para perder los beneficios concedidos, tanto en la Ley de Justicia y Paz como en la 782 de 2002.

Lo que debe quedar claro es que los menores deben estar por fuera del conflicto armado. En desarrollo de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), el artículo 20.6 de la Ley 1098 dispone que los niños, niñas y adolescentes, serán protegidos contra las guerras y los conflictos armados internos.”

Y, es claro que las víctimas tienen un tratamiento y los causantes de su dolor, otro diferente. Por tanto piden perdón los desmovilizados, y son ellos los que se vinculan con la reintegración a la vida civil. No las víctimas.

Para la Sala, de acuerdo con la información obrante en el proceso, es diáfano que de los 309 jóvenes, 230 ingresaron al grupo armado ilegal siendo menores de edad y se desmovilizaron el 30 de abril de 2006 habiendo superado dicha barrera etaria, por varios años gran parte de ellos; y del total 79 lo hicieron en septiembre de 2005 siendo aún menores de edad, la mayoría de ellos de 17 años.

Así, puede concluirse que los 309 fueron víctimas, y todos ellos, en la actualidad no sólo son mayores de edad, sino que tienen sus propios proyectos de vida, como indican varios de los impugnantes.

Por tanto no tiene ningún sentido exigir para la concreción del desembolso del pago de la reparación –del que son titulares las víctimas- el cumplimiento de una obligación condicional como la contenida en la sentencia, más aún cuando la misma está relacionada con aquello que es exigible a los desmovilizados, no a las víctimas.

En consecuencia, resulta imperioso revocar el condicionamiento que se impuso a las

víctimas para poder recibir el pago en mención; y así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído; y por tanto la expresión “solamente cuando la Agencia Colombiana para la Reintegración o quien haga sus veces, certifique que las víctimas directas han cumplido todo el plan de reinserción previsto en su normatividad. Esto con el fin de garantizar que las víctimas comprendan que la única forma de acceder a la riqueza es el trabajo y esfuerzo individual. En el caso de las personas que ya cumplieron el proceso de reinserción la Sala ordena entregar las sumas de dinero reconocidas a título de daño moral de manera inmediata”, será retirada del numeral sexto de la parte resolutive del fallo apelado.

Con dicha determinación se atienden no sólo motivos de inconformidad de varios impugnantes, sino que además se responden los planteamientos expresados por las agencias del Estado mencionadas.

En ese contexto la parte pertinente de los Principios de París carecen de aplicabilidad toda vez que ya no siendo ni cercanamente menores de edad, no se estaría estimulando en manera alguna a sus contemporáneos a que vieran la guerra como un proyecto de vida a seguir.

1. Contenido y monto de los perjuicios.

Siendo el delito una de las fuentes de las obligaciones según lo señalado por el artículo 1494 del Código Civil, quien al cometerlo infiere daño a otro, está obligado a indemnizarlo (art. 2341), constituyéndose tal axioma en un principio del derecho que produce consecuencias para ambas partes, de suerte que contiene una carga para quien daña y un derecho para el afectado con la conducta punible.

En efecto, en desarrollo del proceso transicional se actualiza este principio, con

fundamento en el cual acuden las víctimas a pedir verdad, justicia y reparación, en un contexto generado por un esfuerzo realizado por el Estado, en cuya virtud se renuncia a algo de justicia a cambio de verdad y reparación para las víctimas del conflicto armado que ha bañado de sangre durante varias décadas nuestros campos y ciudades.

1. El obligado a la reparación individual.

En esa lógica ha de quedar claro que el llamado a realizar la reparación es aquel quien con su acción u omisión causó el daño; siendo en particular el escenario del proceso de justicia y paz, aquél en el que los victimarios confiesan sus delitos y reparan a sus víctimas, contexto en el cual, también en virtud de otro principio del derecho, no puede existir enriquecimiento sin causa, lo que supone que sólo puede ser reparado por una sola vez el titular del derecho dañado, de manera tal que con dicho pago se equilibre la relación de igualdad alterada con el delito.

Por tanto, sólo pueden concurrir a perseguir su reparación las víctimas a quienes aún no se les han resarcido sus daños a efectos de que primero se les reconozca y luego se les pague; ya que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 45 de la Ley de Justicia y Paz –que no hace más que actualizar y ratificar la prohibición del enriquecimiento sin causa-, “Nadie podrá recibir dos veces reparación por el mismo concepto.”³⁰

En desarrollo de la reparación integral contenida en la Ley 975 de 2005 el Legislador, en aras de la claridad, ha reiterado el deber general de reparación en su artículo 42 al advertir que los desmovilizados que resulten beneficiados con la pena alternativa tienen la obligación de reparar, lo que no supone que los demás, esto es, los que no se acojan a la Ley de Justicia y Paz, estén exentos de dicha carga; sino que lo que busca la norma transicional es acentuar dicha obligación en quienes se benefician de un tratamiento

punitivo benigno como consecuencia de su aplicación.

La reparación de la que hablan los artículos 42 al 48 de la Ley 975 es sin duda de tipo individual, y se encuentra a cargo del perpetrador de los delitos, y, en su defecto, del bloque al que perteneció, en el evento previsto en el inciso final del artículo 42; y se compone de los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, se insiste, a cargo del procesado judicialmente.

Es tan clara esa obligación en cabeza del postulado, que la Corte ha señalado que en caso que medie pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria en relación con la condena en perjuicios –a partir de sentencias anticipadas, por ejemplo-, aquélla prevalece sobre la tasación realizada por el mismo concepto por el juez de Justicia y Paz, en cuanto se trata de cosa juzgada:

“se impone acatar lo allí resuelto con fuerza de cosa juzgada en relación con los perjuicios morales ocasionados, de tal forma que si el juez común, vencido el debido proceso, los tasó en suma equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales, a ello debe estarse el fallo censurado, razón por la cual la Corte modificará lo pertinente, dejando tales perjuicios morales en este tope, no en los 500 sueldos mencionados por el Tribunal”³¹

.

Por tanto, si dentro del proceso transicional se juzga y condena al desmovilizado con ocasión de los delitos por él perpetrados, sólo es él quien puede ser destinatario de la condena originada en su confesión y en consecuencia, de los perjuicios causados con dichos punibles cometidos en el contexto del conflicto armado, máxime que la Ley 975 de 2005, en el inciso cuarto de su artículo 23 le da la posibilidad de conciliar su valor; no siendo posible que lo aceptado como perjuicios por el condenado termine comprometiendo a un tercero que no participó de dicho acuerdo.

Así, se puede afirmar que el monto de la reparación individual puede surgir, de la conciliación o de la tasación judicial, y el obligado a cancelarla es, en todo caso, el desmovilizado, con cargo al Fondo de Reparación, que se crea como bolsa común a la que van los dineros producto de la monetización de los bienes entregados por los candidatos a la indulgencia punitiva con fines de reparación.

1. La reparación colectiva.

Es el reconocimiento que surge de las necesidades originadas en torno del perjuicio sufrido por una colectividad identificada o identificable, o de un colectivo como niños, mujeres, campesinos, víctimas de la masacre, desaparecidos o expulsados. Este tipo de reparación está estrechamente vinculado con la garantía de no repetición y la rehabilitación, dado que en el horizonte de intervención se encuentra precisamente la comunidad.

De la misma manera que la reparación individual, el sujeto llamado a realizar la colectiva no es otro que quien ocasionó perjuicios a la comunidad, esto es, el desmovilizado o el grupo, quienes tendrían cargas económicas y obligaciones relacionadas con reparaciones tanto económicas como simbólicas.

A su turno, la reparación a que se obliga al Estado hace parte de las políticas públicas y supone, de un lado, que haya coherencia con un plan de desarrollo, y de otro, que exista el programa y la capacidad del Estado de entregarlo a las comunidades.

Precisamente, de acuerdo con la ley transicional, la mecánica de la reparación colectiva surge del contenido del artículo 49 de la Ley 975 de 2005 que indica:

“PROGRAMAS DE REPARACIÓN COLECTIVA. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones

de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia.”

De acuerdo con esta norma queda claro que las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones sirven de insumo con el cual el gobierno implementa un programa institucional de reparación colectiva, orientado a la recuperación de la institucionalidad en las zonas más afectadas con planes de asistencia social, y a reivindicar a las víctimas.

También que el Estado Social, en tanto su objetivo se funde con la satisfacción de los derechos de prestación, se expresa con los servicios sociales que les presta a las víctimas, mucho antes de que fueran beneficiarias de cualquier decisión judicial mediante la cual se ordenara la reparación en su favor, en forma de reparación y de rehabilitación, según lo determina el inciso final del artículo 47 de la Ley 975 de 2005. Esto es, que no obstante no estar obligado el Estado a reparar, en tanto no fue el perpetrador de los delitos por los cuales se impone la condena, se vincula con la reparación y la rehabilitación a través de la prestación de los servicios sociales que brinda a las víctimas; lo cual no hace parte de la sentencia condenatoria, precisamente porque el Estado no es sujeto pasivo de la acción penal en el proceso transicional.

Así las cosas ha de quedar claro que el llamado a reparar, tanto individual como colectivamente a sus víctimas es el perpetrador de los delitos que las ultrajaron y redujeron, tal como lo reconoce el artículo 42 y lo impone el 37.3 de la Ley 975 de 2005, que enlista como uno de los derechos de las víctimas, el que les asiste “A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.”

Con fundamento en estos presupuestos cabe preguntarse, si podría condenarse al pago de los daños -tanto individuales como colectivos- a quien no fue su causante, y a quien no haya sido declarado judicialmente como responsable solidario de los mismos.

La respuesta a dicho interrogante sólo puede ser de naturaleza negativa. No obstante ello, el Estado, en tanto garante de la política pública orientada a la reconciliación nacional, en desarrollo del principio de solidaridad social característico del Estado social, asume una parte de la carga impuesta al desmovilizado, a la espera de que él directamente la pague con sus bienes, surgiendo la relación entre la reparación judicial y la administrativa.

Así lo entendió la Corte Constitucional cuando al analizar la exequibilidad del artículo 54 de la Ley 975 advirtió³²

“El artículo 54, bajo examen establece que el fondo para la reparación de las víctimas estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y por donaciones en dinero o especie, nacionales o extranjeras. La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial

que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes.” (Destacado no original)

Es ese el contexto en el que surge el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011, según el cual:

“Las condenas judiciales que ordenen al Estado reparar económicamente y de forma subsidiaria a una víctima debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus agentes.

En los procesos penales en los que sea condenado el victimario, si el Estado debe concurrir subsidiariamente a indemnizar a la víctima, el pago que este deberá reconocer se limitará al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa de que trata la presente ley en el artículo 132, sin perjuicio de la obligación en cabeza del victimario de reconocer la totalidad de la indemnización o reparación decretada dentro del proceso judicial.”

También el contenido del Decreto 1290 de 2008 y del 4800 de 2011 que lo deroga³³

, se originan en el mismo marco justificativo de la presencia del Estado social en su expresión de solidaridad con las víctimas del conflicto armado; siendo precisamente una de las motivaciones del último de los decretos mencionados la siguiente:

“Que además de la reparación judicial establecida en la Ley 975 del 25 de julio de 2005 de Justicia y Paz, es viable que el Estado, dentro del principio de solidaridad y la obligación residual de reparar pueda establecer un procedimiento administrativo para reparar de

manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la obligación de hacerlo que tienen los victimarios y el derecho de repetición del Estado contra estos;"

Así, mientras que la naturaleza de la reparación judicial se corresponde con el reconocimiento a partir de la prueba del nexo entre daño causado con el delito y el perjuicio ocasionado a la víctima; la reparación administrativa es una expresión de solidaridad del Estado social que tiene como propósito solventar los mínimos humanitarios de las víctimas que cubre, de manera que no es un regalo sino una obligación que tiene en desarrollo del enfoque diferencial a que está obligado.

La reparación judicial es, en consecuencia, una declaración judicial de los perjuicios probados o consensuados, siendo el incidente el escenario para ello; estando claro que la conciliación tiene como presupuesto la voluntad del desmovilizado de pagar el monto de los perjuicios acordado con sus víctimas.

El fondo creado con los bienes entregados por los desmovilizados con fines de reparación, constituye la masa que si bien no es de propiedad del Estado, éste asume, por virtud de la ley, la obligación de administrar, proteger y monetizar; que de ser suficientes para reparar a las víctimas, el Estado no tendría que concurrir a pagar la indemnización por vía administrativa.

En caso contrario, de no alcanzar dicho contenido patrimonial para pagar los montos reconocidos en las sentencias a cargo de los desmovilizados, aparece el Estado con su expresión de solidaridad con las víctimas, a entregar unos valores, que no son los mismos declarados judicialmente, sino que son unos topes mínimos que tienen que ver con las necesidades que se pueden graduar por vía administrativa; que es a lo que está destinado, precisamente el mencionado Decreto 4800 de 2011.

Las condenas que se producen en el escenario de justicia y paz, deben, por tanto, incluir

la obligación subsidiaria de reparación impuesta al Estado, en el evento que las personas naturales condenadas no cumplan directamente con su obligación reparadora o cuando los bienes entregados por ellos para dicho efecto, resulten insuficientes.

Dicha condena en subsidiariedad –o mejor, con carácter residual, como la califica la Corte Constitucional- al Estado, no implica, como lo advierte la norma transcrita, reconocimiento alguno de su responsabilidad en las conductas punibles por las que se procede; razón por la cual el monto de dicha indemnización no ha de realizarse con fundamento en los valores reconocidos en la sentencia –cuyo destinatario directo es el desmovilizado condenado- sino en los montos determinados en el reglamento según se menciona en el artículo 132 de la Ley de Víctimas y desarrolla el Decreto 4800 de 2011.

Así las cosas, la reparación subsidiaria que realiza el Estado, esto es, la indemnización por vía administrativa, es una parte del valor asignado como el monto que el condenado en sentencia transicional está obligado a cancelar por efecto del fallo³⁴; la cual, en el evento que el desmovilizado cancelare la totalidad de tal valor, se deberá descontar la porción ya pagada por el Estado por la vía administrativa para no generar un enriquecimiento sin causa³⁵

; teniendo en todo caso el Estado la posibilidad de repetir contra el condenado que no canceló los perjuicios cuyo pago le fuera impuesto mediante la sentencia.

De manera que no puede hablarse de concurrencia de indemnizaciones, cuando en realidad la administrativa es la porción con que concurre el Estado a cumplir su solidaridad con las víctimas, frente a la insolvencia, incapacidad o falta de voluntad de pago del desmovilizado condenado, quien sí tiene la obligación de cancelar la totalidad de los perjuicios probados en el proceso judicial.

Por tanto, en tal sentido se corregirá la sentencia apelada, lo mismo que se modificarán

las órdenes relacionadas con la reparación colectiva a la que finalmente se condena al Estado, en el entendido que, como se advirtió anteriormente, la forma en que aparece el Estado es por la vía de las políticas públicas en cuyo diseño no intervienen los jueces; y por tanto las órdenes serán modificadas por exhortaciones.

1. Del lucro cesante

Corresponde ahora enfrentar el cargo propuesto contra la sentencia apelada por varios de los impugnantes, según el cual, ha de presumirse que los menores reclutados ilícitamente devengaban un salario mínimo mensual al momento en que ingresaron al grupo armado al margen de la ley, y por tanto debe reconocerse en su favor el lucro cesante.

La Sala encuentra necesario precisar, en principio, que lo que está en discusión es si puede presumirse que los entonces menores de edad, al momento de ingresar al grupo armado ilegal, devengaban un salario mínimo legal mensual, el cual no pudo seguir siendo percibido como consecuencia de su incorporación a las AUC. Esto por cuanto en manera alguna se puede analizar la posibilidad de que el “salario” que los jóvenes reclutados debieron recibir, como consecuencia del cumplimiento de una “labor” al interior de los grupos paramilitares pudiera ser materia de reconocimiento en esta sentencia; por ser una actividad abiertamente ilícita, al punto que dicho reclutamiento es considerado como un crimen internacional, por ser atentatorio del Derecho Internacional Humanitario, y por tanto no puede ser fuente lícita de ingresos, y mucho menos tratándose de niños.

En el mismo sentido esta Corte ha sostenido que:

“el lucro cesante como derecho legítimo debe partir de un beneficio lícito, en el

entendido de que habrá lugar a disfrutar de él porque se trata de un bien no prohibido por la ley, lo cual, por el contrario, le brinda protección, y la legislación mal puede amparar recursos logrados a través de las actividades realizadas (...) en su condición de integrantes de las AUC”.³⁶

Para fundamentar la tesis traída por los apelantes en este sentido, según la cual habría de presumirse que al momento de ingresar al grupo armado los jóvenes en cuestión devengaban un salario mínimo, se acude a la aplicación del artículo 115 de la Ley 1098 de 2006, para afirmar que la remuneración que recibe un adolescente trabajador, en ningún caso será inferior a un salario mínimo.

Para empezar, resulta oportuno recordar que los 309 jóvenes salieron de las autodefensas en distintas fechas, los últimos haciéndolo en el mes de agosto del 2006, según se observa en la foliatura, siendo la gran mayoría de ellos ya mayores de edad para dicho tiempo; por lo que no resulta aplicable la norma contenida en el artículo 115 del llamado Código de la Infancia y la Adolescencia³⁷, por cuanto dicho estatuto normativo entró en vigencia el 8 de mayo de 2007, seis meses después de su promulgación, según lo advertido por su artículo 216.

En segundo término, es conveniente recordar que el mundo civilizado aboga por la erradicación del trabajo infantil y juvenil, como mecanismo orientado a que dicha población complete de manera óptima su ciclo de formación, tanto académica como afectiva.

El mundo espera que su niñez y juventud se forme en la escuela y en la familia. Esta perspectiva ética de la civilización se afianza en el derecho que limita y cuestiona dicha posibilidad del trabajo infantil y juvenil, al punto que controla el número de horas que podría laborar alguien que no ha llegado a su mayoría de edad, además que se le exige permiso de la autoridad administrativa encargada de su vigilancia, todo con el propósito

de desestimular dicha labor.

La presunción de derecho es la tarificación legal de un hecho con la pretensión de su valoración judicial, pero ha de ser de un hecho aceptado por la comunidad, al punto que la razón aconseje que se presuma su existencia y se facilite su prueba. Pues bien, eso no sucede con el trabajo infantil, precisamente porque la Convención para los Derechos del Niño, el Convenio 162 –entre otros- de la OIT buscan la erradicación del trabajo infantil y juvenil; y en ese contexto la comunidad internacional fijó el 12 de junio de cada año como el día mundial contra el trabajo infantil y la legislación colombiana lo hizo con el 12 del mismo mes. Esos días se reflexiona sobre el imperativo ético de erradicar el trabajo infantil.

Por tal razón no queda opción distinta que denegar las pretensiones relacionadas con el lucro cesante.

1. Frente al monto de los perjuicios.

La Sala recuerda a los censores que corre a cargo del impugnante indicar en su recurso cuáles son los argumentos de su disenso y las razones de orden jurídico y probatorio en que los soporta.

Frente al monto de los perjuicios morales, el argumento en que se soporta su inconformidad se limita a cuestionar el valor de lo asignado por el a quo por cuanto se califica de muy reducido y tal vez menor del que el Consejo de Estado reconocería; sin dar argumentos con fundamento en los cuales deberían ampliarse.

En lo referente a los perjuicios originados en el daño a la vida de relación, el Tribunal los niega por considerar que no se probó en detalle y con precisión cuál era el proyecto

de vida que por el reclutamiento ilícito se vio truncado y en qué condiciones y con cuáles consecuencias; lo cual fue impugnado pero también con un discurso genérico, sin vencer los argumentos contenidos en el fallo apelado.

Por la carencia de argumentos orientados a enfrentar las razones contenidas en la sentencia impugnada, se denegarán las pretensiones de los apelantes en estos aspectos.

La misma suerte correrá la inconformidad relacionada con la diferencia entre el monto de los perjuicios morales de las niñas y los niños, de la cual se dice que es inequitativa y generadora de discriminación de género, sin indicar con precisión ni suficiencia las razones por las cuales deberían ser iguales unas y otras, y sin enfrentar y vencer el argumento del Tribunal, según el cual, las niñas reclutadas se encuentran en mayor condición de vulnerabilidad que los niños.

1. Frente a las omisiones de la sentencia.

Varios de los impugnantes relacionan una serie de peticiones hechas en el incidente de reparación integral, las cuales, afirman, se quedaron sin respuesta en la sentencia objeto de apelación.

Ellas fueron las siguientes:

1. De la primera apelación relacionada en esta providencia, quedaron sin respuesta los siguientes aspectos, según dice la impugnante:

-Respecto del reclutamiento del joven Eduard Murillo Moreno, dice la censora que nada se dijo de la calidad de víctima indirecta del joven Geifer Rivas Palacio, ni de su

eventual reparación; lo mismo que frente a la víctima directa del reclutamiento, joven Ludis Esther Atencio Montoya, la sentencia guardó silencio respecto de la reparación a favor de la madre de crianza, señora Celis Villalobos Ayala.

En relación con estos cuestionamientos de la sentencia apelada, hay que decir que en el párrafo 819 se menciona que en varias ocasiones se reconocieron derechos a acudientes de los menores a pesar de la ausencia del vínculo consanguíneo con éstos, pero que en los casos en que se negó, como en los mencionados, tal decisión se motivó en la ausencia de las formalidades en los poderes con fundamento en los cuales se les representaba. Así sucedió con Geifer Rivas Palacios³⁸ y la señora Celis Villalobos Ayala³⁹.

Sin embargo, tal argumento no fue rebatido por la apelante, por lo cual la decisión no será modificada en este aspecto.

La sentencia también dejó de resolver algunas peticiones hechas en el momento procesal oportuno, advierte la apelante, relacionadas con la reivindicación solemne de la reputación de las víctimas, dada la estigmatización de que son objeto; censura que queda superada con las consideraciones contenidas en este proveído, según el cual, se reconoce claramente la condición de víctimas de todos los menores que padecieron el reclutamiento forzado.

1. En la segunda apelación se afirma que quedaron sin respuesta en la sentencia los siguientes aspectos:

* Que las siguientes víctimas no fueron reparadas:

Víctima indirecta

Nivel de parentesco

Víctima directa del reclutamiento ilícito

María Diela Cardona

Madre

Jhonatan Carmona

Edier Smith Carmona

Hermano

Gloria Benítez Carmona

Hermana

Regina de León Córdoba

Madre

Ángel Jair Mosquera

De León

Tania Tamayo Córdoba

Tía

Norys Córdoba

Abuela

Luis Olier Pérez

Padre

Óscar Manuel Pérez

Álvarez

Diana Milena Pérez Álvarez

Hermana

Ana Luisa Álvarez

Madre

Luis Pérez Álvarez

Hermano

Rosicler Pérez Álvarez

Hermana

José Luis M. Pérez Álvarez

Hermano

Jesús Manuel Pérez Á.

Hermano

José Luis Pérez Álvarez

Hermano

Celia Rosa Suárez

Abuela de crianza

Rubén Feria Bravo

Benito Cardona Beltrán

Padre

Benito Cardona Rentería

* Así mismo, que no fueron reconocidos tanto los perjuicios morales como los originados en el daño a la vida de relación de Ángel Jair Mosquera de León, quien perdió más del 60 % de su pierna derecha, y Benito Cardona Rentería, quien sufrió pérdida permanente de la movilidad de su pierna izquierda.

La Sala pudo constatar que es cierto que en el caso del menor Jonathan Carmona,

hubo pronunciamiento sobre las pretensiones a favor de la víctima directa (Sesión de 11 de noviembre de 2011 -00:08:06) pero no sobre las solicitadas por las víctimas indirectas; motivo por el cual se declarará la nulidad del fallo para que se revise este aspecto en particular. Esto por cuanto, como se ha sostenido en ocasiones anteriores, reconocer las pretensiones desconocidas en primera instancia “vulneraría el principio y derecho fundamental constitucional de la doble instancia, porque lo censurado no es una decisión en uno u otro sentido, sino precisamente la ausencia de pronunciamiento”⁴⁰; por eso en dicha oportunidad la Corte aclaró que “el Tribunal estaba, y está, obligado a valorar las pretensiones de los intervinientes y pronunciarse negativa o positivamente sobre ellas, para garantizar el derecho al debido proceso”⁴¹.

En relación con las demás censuras la Sala pudo comprobar lo siguiente:

* En el caso de Ángel Jair Mosquera de León⁴², durante el desarrollo del incidente de reparación, se afirma que se allegan poderes y registros civiles de parte del núcleo familiar de la víctima directa pero no se hace ninguna petición o pretensión indemnizatoria.

* En el caso del menor Oscar Manuel Pérez Álvarez⁴³ nos encontramos en la misma situación: durante el desarrollo del incidente de reparación la representante de víctimas no hizo mención a ninguna pretensión indemnizatoria a favor de las víctimas indirectas.

* En el caso de Rubén Feria Bravo⁴⁴ la Sala pudo comprobar que no se hizo

solicitud cierta, clara y precisa a favor de las víctimas indirectas. Igual situación se predica para Benito Cardona Rentería en la que en ningún momento durante el desarrollo de la audiencia de incidente de reparación se afirma o mencionan pretensiones indemnizatorias a favor de las víctimas indirectas⁴⁵.

Conforme a ello la Sala no ve como una omisión del Tribunal el no reconocimiento de los perjuicios causados a las víctimas indirectas descritas con anterioridad, pues si bien acreditaron su parentesco con las víctimas directas, no manifestaron en la etapa procesal pertinente para ello sus pretensiones indemnizatorias.

Al respecto, en ocasiones anteriores la Corte ha sido clara al establecer que

“no obstante la prevalencia que debe darse a los derechos de las víctimas en el trámite de la Ley 975 del 2005 y el procedimiento especial que la ley y la jurisprudencia han habilitado, no puede dejarse de lado que, igual, existen instancias preclusivas para que partes e intervinientes accedan a ser reconocidas, formulen sus pretensiones y alleguen las pruebas que las demuestren. En esas condiciones, no resulta de buen recibo que vencidas las fases respectivas se admita la intervención de quien no acudió oportunamente, como que ello equivaldría a que de manera indefinida podría acudir a retrotraer el trámite para revivir fases ya superadas”⁴⁶.(Destacado fuera del texto original).

1. En la tercera apelación, la apoderada de víctimas, doctora YUDY MARINELLA CASTILLO AFRICANO, advierte que el a quo, no resolvió las siguientes solicitudes:

Que se ordene el pago a las víctimas que aún no se han hecho presentes al proceso, así como la compilación de los documentos necesarios para el ejercicio de la acción, y en consecuencia se conceda un plazo de 24 meses para recoger la indemnización concedida

también a sus pares no demandantes.

Frente a esta solicitud, en principio al no haber sido atendida la petición por el a quo, habrá de remitirse a la primera instancia.

Solicitan también que se ordene la vigilancia y control a los procesos adelantados contra los menores reclutados -Lorenzo Yáñez Julio-, o contra los responsables de la muerte de menores que cayeron en su actividad militar (Sergio Andrés Pulgarín Restrepo, Jeison Alexander Ruiz Calle, Juan Camilo Lemos Bardricho, Leonel Vargas Flórez; para evitar su impunidad; lo cual hace parte del quehacer de distintas instancias estatales, por lo cual, los directamente interesados podrán acudir a precisar dicha petición.

También que se ordene la asignación de subsidios en proyectos agrícolas, técnicos y tecnológicos dirigidos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; así como la incorporación de cada uno de los reclutados a los programas de protección integral de asistencia y atención a víctimas, subsidios de vivienda, de retorno y reubicación, y todos los programas que se desarrollen en cumplimiento de la Ley 1448 de 2011.

Respecto de la solicitud del reconocimiento de la reparación a algunos parientes de ciertos reclutados ilícitamente, la Sala encontró que:

En el caso de la víctima John Jamer Mena a pesar que se hizo la solicitud indemnizatoria, a folio 371 se constata que no se accede a ella toda vez que no obra dentro del expediente el poder para actuar dado por Jaime Mena, padre del joven reclutado.

Igual situación se presenta con el caso de la víctima Jeison Alexander Ruiz, ya que a pesar que se hizo solicitud indemnizatoria esta no fue respaldada con el poder para actuar, tal como consta a folio 370

Waiser Zabala Vargas fue igualmente representado por la Dra. Yudi Marinella Castillo. La mencionada profesional en sesión de 10 de noviembre de 2011, presentó solicitudes a favor del núcleo familiar de la víctima directa, pero sin el acompañamiento de los mandatos judiciales respectivos. Es así como a folio 373 y 374 se condensan las pretensiones que si se mencionaron explícitamente – hubo eventos en los que no se solicitó indemnización-; y hubo otros casos de familiares en los que no se allegó poder para actuar. En los casos de Daniel Murrai Rivas y Jefferosn Rivas López (ambos menores reclutados que son a su vez familiares) a folio 374 se deja constancia que a criterio del Tribunal de Justicia y Paz, no se presentó poder para actuar.

Frente a esta solicitud la Sala considera, como lo ha venido diciendo, que las etapas para que los interesados puedan ser reconocidos como víctimas (directas o indirectas) y con las formalidades para ello se encuentran establecidas en la ley y deben ser respetadas. En el caso concreto, dado que los familiares no reparados no otorgaron poder en debida forma a la abogada Yudy Marinella Castillo Africano, esta no se encontraba legitimada para actuar en su nombre; y por tanto no se modificará la sentencia en este sentido.

Precisamente frente a la necesidad de la existencia de poder para representar a las víctimas, la Corte Constitucional ha afirmado que “tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Igualmente, que las demás personas deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales”⁴⁷

.

Como quiera que la defensa no interpuso ningún recurso la Sala se abstiene de realizar cualquier consideración a su escrito, por no contener posición procesal expresa respecto de alguna de las apelaciones, toda vez que dicho libelo fue presentado precisamente en la oportunidad del traslado a los no recurrentes.

Si bien es cierto el recurso interpuesto por la representante del Ministerio Público no tenía un cuestionamiento de fondo al fallo apelado orientado a su revocatoria o modificación, la Sala se abstiene de realizar consideraciones adicionales en relación con la reparación colectiva -tema al que se concentró su escrito-.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando judicial en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: revocar parcialmente el numeral sexto de la parte resolutive del fallo apelado, en lo relacionado con el condicionamiento impuesto por el a quo para el pago de perjuicios a las víctimas directas del reclutamiento ilícito, en los términos indicados en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Revocar el numeral séptimo de la sentencia.

Tercero: Revocar el numeral octavo de la sentencia.

Cuarto: reemplazar el término ORDENA, por EXHORTA, contenido en el numeral DÉCIMO de la sentencia.

Quinto: Decretar la nulidad parcial de la sentencia a efectos exclusivos de que el a quo se ocupe de resolver las peticiones no atendidas en relación con las víctimas indirectas del delito de reclutamiento que sufrió Jonathan Carmona; así como lo relacionado con el pago de los perjuicios de las víctimas que aún no se han hecho presentes en el proceso y la eventual concesión de un plazo de 24 meses para recoger la indemnización a los no demandantes.

Sexto: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO ENRIQUE MALO
FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 5 a 47 del fallo de primera instancia.
- 2 Folios 50 a 77 del fallo de primera instancia.
- 3 Folios 77 a 103 del fallo de primera instancia.
- 4 Folios 105 a 232 del fallo de primera instancia.
- 5 Folios 232 a 305 del fallo de primera instancia.
- 6 Folios 308 a 314 del fallo de primera instancia.

7 Folios 320 a 412 del fallo de primera instancia.

8 Párrafo 801 del fallo apelado, folios 340 y 341.

9 Párrafo 811 de la sentencia impugnada, folios 343 y 344.

10 Tópico 795 del fallo de primera instancia, folio 339.

11 Párrafo 817 del fallo apelado, folios 345 y 346.

12 Párrafo 818 de la sentencia, folio 346 .

13 Párrafos 821 a 826, folios 369 a 371 del fallo apelado.

14 Párrafos 827 a 834, folios 371 a 375.

15 Párrafo 832 numeral 1º páginas 374 y 375 del fallo apelado.

16 Al respecto ver: Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 3. Interés superior del menor.

17 Auto de justicia y paz de febrero de 24 de 2010, radicado 32889.

18 Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 605.

19 Ibid. Par. 608.

20 Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 531.

21 Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas

Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 605.

22Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 622.

23Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 628.

24 En igual sentido se pronunció el Tribunal Especial para Sierra Leona, en su sentencia de primera instancia en el caso desarrollado en contra de Brima, Kamara y Kanu. Judgement, par. 736 y 737. AFRC case

25Corte Penal Internacional. Sentencia de primera instancia en contra de Thomas Lubanga Dyilo . ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Par. 621.

26 Tribunal Especial para Sierra Leona, Caso Fofana y Kondewa. SCSL-04-14-A. decisión de segunda instancia, mayo 28 2008. Par. 144

27 Auto de justicia y paz de febrero de 24 de 2010, radicado 32889.

28 Sobre el tema de los derechos de las víctimas de delitos, se pueden consultar las sentencias C-228/02 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

29 Human Right Watch en su informe titulado “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, asegura que para 2003 el número de menores de edad involucrados en el conflicto armado colombiano superaba los ONCE MIL, y que por lo menos el 30 % de los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de

Colombia, son también menores de edad.

30 El cual se encuentra reiterado también el artículo de la Ley 1448 de 2011.

31 Corte Suprema de Justicia radicado No 35508 de 6 de junio de 2012.

32 Sentencia C-370 de 2006, apartes 6.2.4.4.11.

33 Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley.

34 Tal como lo indicaba el Decreto 1290 de 2008, que advertía:

Que además de la reparación judicial establecida en la Ley 975 del 25 de julio de 2005 de Justicia y Paz, es viable que el Estado, dentro del principio de solidaridad y la obligación residual de reparar pueda establecer un procedimiento administrativo para reparar de manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la obligación de hacerlo que tienen los victimarios y el derecho de repetición del Estado contra estos

Que el presente programa no pretende agotar por completo las posibilidades de reparación por otros conceptos en beneficio de las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley

35 Así lo ha entendido la Corte Constitucional que en Sentencia T-458/10, al señalar:

“Para que las víctimas individuales y colectivas puedan obtener el derecho a la reparación integral el ordenamiento jurídico ha previsto hasta ahora dos vías institucionales a través de las cuales. De un lado, la Ley 975 de 2005 estableció que dentro de los procesos penales llevados dentro de la jurisdicción especial de Justicia y

Paz es posible iniciar un incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, “el cual debe abrirse en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial se declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella” [10]. En este incidente, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos; luego, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores; y, residualmente, el Estado [11].

De otro lado, a través del Decreto 1290 de 2008, el gobierno dispuso crear un programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de violaciones del derecho a la vida, la integridad física, la salud física y mental, la libertad individual y sexual por parte de grupos armados organizados al margen de la ley. Este mecanismo pretende que el Estado repare de manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, en ejercicio del principio de solidaridad y obligación residual, y en atención a los parámetros de orden internacional que señalan que la reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido [12]. El reconocimiento de las medidas de reparación a las que se refiere el presente programa no exige a la víctima haber acudido previamente a la vía judicial, así como tampoco agota las posibilidades de ser beneficiario de otros programas que completen el proceso de reparación integral a las víctimas.

El Estado tiene la obligación de facilitar el acceso de los accionantes a la reparación tanto por vía judicial como por vía administrativa. En virtud de ello, las entidades encargadas no pueden imponer requisitos que impliquen para las víctimas una carga desproporcionada, porque no puedan cumplirlos [13], porque su realización desconozca la especial protección constitucional a la que tienen derecho, o porque se vulnere su dignidad [14]. No obstante, las víctimas conservan la obligación mínima de presentarse ante la entidad correspondiente y solicitar el acceso a los programas.

36 Sentencia de 6 de junio de 2012 radicado 35508.

37 Ley 1098 de 2006, promulgada en el Diario Oficial 46.446 de noviembre 8 de 2006.

38 Folio 358 de la sentencia apelada.

39 Folio 357 de la sentencia apelada.

40 Corte Suprema de Justicia radicado No 35508 de 6 de junio de 2012, M.P. Dr. Jose Luis Barceló Camacho.

41 Corte Suprema de Justicia radicado No 35508 de 6 de junio de 2012, M.P. Dr. Jose Luis Barceló Camacho.

42 Ibid (00:30:10)

43 Ibid (00:32:00)

44 Ibid (00:11:01)

45 Ibid. (00: 25:05)

46 Corte Suprema de Justicia radicado No 35508 de 6 de junio de 2012, M.P. Dr. Jose Luis Barceló Camacho.

47 Auto No. 025/94 Corte Constitucional.