

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

SP3950-2014

Radicación nº 39045

(Aprobado Acta No. 81)

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014)

ASUNTO

Se pronuncia la Sala acerca del recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público y por las representantes de algunas de las víctimas contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 16 de abril de 2012, mediante la cual condenó a Orlando Villa Zapata, alias “Rubén” o “La Mona”, en su condición de segundo ex comandante del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, a la pena de trescientos sesenta y ocho (368) meses de prisión y multa de once mil cuatrocientos sesenta y ocho (11468) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tiempo que le concedió la pena alternativa de ochenta y cuatro (84) meses de privación de la libertad, como autor del delito de concierto para delinquir agravado; coautor propio de los punibles de reclutamiento ilícito de menores; entrenamiento para actividades ilícitas y utilización ilegal de uniformes e insignias

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Mediante resolución 091 de 2004, el Presidente de la República y sus Ministros del Interior y de Justicia y de Defensa Nacional, en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y por la Ley 782 de 2002, y considerando que se encontraban dadas las condiciones para ello, declararon “abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC de que trata el artículo 3 de la Ley 782 de 2002”.

El 15 de julio de 2003, el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia suscribieron el “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir con la Paz de Colombia”, de conformidad con el cual el grupo armado al margen de la ley adquirió el compromiso de desmovilizar a la totalidad de sus miembros, mientras que el Gobierno se comprometió a adelantar las acciones necesarias para reincorporarlos a la vida civil.

Para efectos de la coordinación de las desmovilizaciones acordadas, la Presidencia de la República emitió la resolución número 337 del 14 de diciembre de 2005, por medio de la cual reconoció a Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera, alias “Pablo Arauca”, como miembro representante de las Autodefensas Unidas de Colombia, Bloque Vencedores de Arauca.

A su vez, mediante resolución número 338 de la misma fecha, se creó como zona de ubicación temporal para la concentración y desmovilización de los miembros del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, la vereda Puerto Gaitán del municipio de Tame (Arauca), lugar en el que se materializó la desmovilización de Orlando Villa Zapata, alias “Rubén” o “La Mona”, junto con otros 548 integrantes del mencionado Bloque, el 23 de diciembre de 2005.

La lista de personas desmovilizadas, en la cual se encuentra Orlando Villa

Zapata, fue remitida a la Fiscalía General de la Nación el 29 de diciembre de 2005.

Una vez el Gobierno Nacional postuló a Villa Zapata al proceso de la Ley 975 de 2005 y ratificada el 15 de enero de 2008 su voluntad de someterse a la Ley de Justicia y Paz, el 19 de marzo de 2008 el asunto fue repartido para el correspondiente trámite al Fiscal 22 de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, que mediante resolución de la misma fecha dispuso adelantar las gestiones pertinentes.

El primero de abril siguiente, se cumplió con la citación y emplazamiento de las posibles víctimas del actuar delictuoso del postulado y del grupo armado organizado al margen de la Ley a través de edicto que se fijó en la Secretaría de la Unidad, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 3391 de 2006.

La diligencia de versión libre se surtió ante el mencionado Fiscal 22 de la Unidad de Justicia y Paz entre el 20 de mayo de 2008 y el 19 de octubre de 2009, en cuyo desarrollo el postulado confesó diversos hechos.

Acorde con estos antecedentes, el Fiscal 22 solicitó ante un Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, la realización de una audiencia preliminar para formulación de cargos.

En el curso de la diligencia celebrada el 10 de agosto de 2009, el Fiscal luego de reseñar el trámite surtido, imputó al postulado los delitos de concierto para delinquir agravado; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas; entrenamiento para actividades ilícitas; utilización ilegal de uniformes e insignias y reclutamiento ilícito de menores.

Remitidas las diligencias por el Magistrado de Control de Garantías, la Sala de Conocimiento realizó la diligencia de control de legalidad en sesiones llevadas a cabo los

días 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 30 y 31 de agosto de 2010 y 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 13, 17 y 22 de septiembre de 2010, luego de lo cual, el 21 de diciembre de 2011, se llevó a efecto la lectura de la decisión de control formal y material de legalidad de los cargos formulados.

Del 5 al 8 de marzo de 2012 se tramitó el incidente de reparación y una vez terminadas las intervenciones y solicitudes de los intervinientes, se dictó el fallo objeto del recurso.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se trata del fallo mediante el cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, declaró que Orlando Villa Zapata, alias “Rubén” o “La Mona”, en su condición de segundo ex comandante del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, es elegible para acceder a los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz.

En dicha determinación, condenó el Tribunal al postulado a la pena de trescientos sesenta y ocho (368) meses de prisión y multa de once mil cuatrocientos sesenta y ocho (11468) salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor del delito de Concierto para delinquir agravado; y coautor propio de los punibles de reclutamiento ilícito de menores; entrenamiento para actividades ilícitas y utilización ilegal de uniformes e insignias, conductas constitutivas de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, acciones ejecutadas durante y con ocasión de su pertenencia al Bloque Vencedores de Arauca.

Impuso además al sentenciado la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años; e inhabilidad para la tenencia y porte de armas por el término de quince (15) años.

Declaró además que el Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de

Colombia es responsable de los hechos por los que se condena a Orlando Villa Zapata, en su condición de segundo comandante del mismo.

Ordenó que el sentenciado debía suscribir un acta en que se comprometía a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, como lo dispone el inciso segundo del artículo 8° del Decreto 4760 de 2005.

Determinó que Villa Zapata debe tomar no menos de 500 horas de estudio y formación en derechos humanos y someterse a valoración y tratamiento psicológico que conduzca a su plena readaptación y resocialización.

Lo condenó a cancelar de manera solidaria con los demás integrantes del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, las sumas concedidas como reparación del daño moral y el daño a la vida de relación de las víctimas reconocidas, en los montos y condiciones debidamente establecidos.

Igualmente le impuso la obligación de suscribir una comunicación en la cual haga reconocimiento público de su responsabilidad en los hechos, ofrezca disculpas por su conducta y se comprometa a no repetirlas.

Finalmente, ordenó la reparación integral de las víctimas, imponiendo con ese propósito obligaciones específicas a la Fiscalía General de la Nación, a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y a diversas autoridades del orden nacional y territorial.

El representante del Ministerio Público, y dos de los representantes de las víctimas, recurrieron este fallo.

ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Ministerio Público

El delegado de la Procuraduría General de la Nación cuestiona que se le hubiere concedido al sentenciado la pena alternativa de siete (7) años de prisión, que considera insuficiente, por cuanto se trata del segundo al mando del Bloque Vencedores de Arauca, es decir se encontraba en lo más alto de la estructura criminal, donde tenía el control del accionar del grupo, así como la posibilidad de disponer las acciones ilícitas que se debían ejecutar, contrario a la situación de sus subalternos.

Relacionó los delitos cometidos por el Bloque Vencedores de Arauca y calificó de paradójica y violatoria del principio de igualdad la decisión del Tribunal de conceder a Villa Zapata una pena alternativa de siete (7) años de prisión, mientras que a sus subalternos, específicamente a los postulados Rubén Peña Tobón quien cumplía funciones de instructor de la escuela de entrenamiento del grupo, Wilmer Moreno Castro y Hernández Caldera, que eran sus escoltas, les fue otorgada una pena alternativa de ocho (8) años de prisión.

Aduce que resolver las cosas de esta manera, constituye un mensaje equivocado, pues indica que mientras a los patrulleros del grupo armado organizado al margen de la ley se les aplica la pena máxima, quienes tenían el control de la organización y de las actividades ilícitas son beneficiados con penas menores.

Expresa que por estar comprometido Villa Zapata en la ejecución de delitos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, no puede tener un beneficio distinto a los ocho (8) años de pena alternativa, por cuanto se debe ser riguroso con quienes fungieron como comandantes de frentes o de bloques.

Agrega que tampoco se puede perder de vista que las decisiones adoptadas con ocasión

del proceso de Justicia y Paz, sirven no sólo de reflexión interna, sino también de referente a nivel internacional.

Solicita además que "...se trace de manera definitiva, en qué momento empieza el postulado beneficiado a descontar el tiempo impuesto como beneficio de pena alternativa en los diferentes escenarios...".

Reclama en consecuencia modificar el fallo impugnado en el sentido de imponer a Orlando Villa Zapata una pena alternativa de ocho (8) años de prisión.

De otra parte, adujo que en condición de no recurrente respecto de la impugnación presentada por los representantes de las víctimas, pide confirmar la decisión del Tribunal de no reconocer a unas víctimas del delito de reclutamiento ilícito.

2. Representante de víctimas

La abogada Adriana Silva Villanueva en calidad de defensor público y representante de víctimas, menciona en primer término que el fallo impugnado no hizo mención a la solicitud de reparación al proyecto de vida respecto de Andrés Adolfo Herrera Laguna, sin tener en cuenta no sólo que sufrió la separación abrupta y definitiva de sus lazos familiares y sociales, sino que además perdió sus mejores años de vida, la oportunidad de contar con educación y una profesión o de tener un empleo.

Señala que a la actuación se allegaron pruebas en dicho sentido, como un escrito donde indica sus proyectos y metas, certificados de estudio y una certificación de su progenitora en relación con sus proyectos.

En segundo lugar, afirma que se crearon falsas expectativas para la víctima Claudia Milena Rodríguez, pues no obstante que el delito de reclutamiento ilícito fue confesado en diligencia de versión libre realizada el 10 de noviembre de 2008, imputado el 19 de marzo

de 2009, formulado el cargo en diligencia del 10 de agosto de 2009 y posteriormente legalizado por la Sala de Justicia y Paz el 12 de diciembre de 2011, en la sentencia impugnada no se realizó pronunciamiento en torno a las medidas de reparación solicitadas y por el contrario ordenó compulsar copias para que la justicia ordinaria adelante la investigación correspondiente.

Sostiene que en el curso de la actividad probatoria se acreditó no sólo el daño real, concreto y específico a la víctima, sino también el nexo causal entre éste y las actividades del grupo armado organizado al margen de la ley, mediante elementos de juicio tales como la confesión del postulado Orlando Villa Zapata, el listado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la certificación del Coda, el acta de entrega voluntaria, la orden de reconocimiento de víctima, la ficha técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el registro de hechos atribuibles al postulado.

Expresa que el reclutamiento de la menor Claudia Milena Rodríguez se produjo durante y con ocasión de la pertenencia de Villa Zapata al grupo al margen de la ley, y con anterioridad a su desmovilización, además que aquella acreditó su calidad de víctima por la Fiscalía 22 como condición previa para la intervención en el proceso de justicia y paz, mediante su identificación personal y la demostración del daño.

En consecuencia, abstenerse de reparar a la víctima es dejar el delito en la impunidad, máxime cuando fue legalizado en su oportunidad.

Como tercer punto, califica de insuficiente el monto fijado para la indemnización de perjuicios respecto de las víctimas Eliseo Meche Tarache, Julio Andrés Capera Atencia, Disney Serafín Caicedo Sarmiento, Juan Carlos Caicedo Sarmiento, Willinton Andrés Pérez Ortiz, Andrés Adolfo Herrera Laguna, Adrian Alberto Marín, José Olivo Picón Fuentes, Mario Antonio y Marco Antonio Núñez Alvarado, pues si se tiene en cuenta la gravedad y magnitud del daño frente a cada menor, no es equitativo repararlos con tan

pocos salarios mínimos.

Manifiesta que la indemnización debe ser adecuada, efectiva, rápida y proporcional al agravio ocasionado, en orden a materializar la justicia y a reparar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Cuestionó que el pago de las indemnizaciones ordenadas, se hubiere condicionado a que la Agencia Colombiana para la Reintegración certifique que las víctimas han cumplido con el programa de reintegración, toda vez que no es legítimo supeditar la reparación a exigencias que difícilmente se pueden llegar a cumplir.

Sostiene que "...la víctima es víctima y se le debe garantizar y respetar sus derechos, especialmente los contemplados en la ley de Justicia y Paz, sin imponérseles ningún tipo, ni clase de condicionamientos...".

Con fundamento en los anteriores razonamientos, solicitó se emita pronunciamiento en torno al daño del proyecto de vida solicitado en el incidente de reparación para la víctima Andrés Adolfo Herrera Laguna; reconocer la condición de víctima de Claudia Milena Rodríguez y concederle la reparación solicitada; y aumentar la tasación de la indemnización concedida a Eliseo Meche Tarache, Julio Andrés Capera Atencia, Disney Serafín Caicedo Sarmiento, Juan Carlos Caicedo Sarmiento, Willinton Andrés Pérez Ortiz, Andrés Adolfo Herrera Laguna, Adrian Alberto Marín, José Olivo Picón Fuentes, Mario Antonio Núñez Alvarado, Marco Antonio Núñez Alvarado

3. Representante de víctimas

La abogada Fanny Sánchez Yague como abogada de la Defensoría del Pueblo representante de víctimas, calificó de desconcertantes y alejados de los objetivos dispuestos en la Ley 975 de 2005 los montos de las indemnizaciones ordenadas en favor de Elcida Estela González Durán, Alexis Montañés Velásquez, Faustino Montañés, Alba

Nidia Velásquez Soloza, Javier Leonardo Cardozo Herrera, Luís Carlos Rojas López, Ana Dolores Rojas de Rojas, Jefferson Andrey Picón Angarita, Luz Marina Picón Angarita, Carlos Andrés Rubio Gutiérrez, Víctor Hugo Ramos Hernández y Richard Erney Alarcón Pabón, Julio Ernesto Alarcón Blanco y María Clara Pabón Martínez.

Explica que los jóvenes reclutados padecían de profundas limitaciones económicas, afectivas, educativas, entre otras, motivo por el cual debe ofrecérseles posibilidades reales para cambiar sus condiciones de vida.

En segundo lugar, solicitó se reconozca el pago de la indemnización por el daño moral padecido por Carmen Isolina Herrera y Juan Cardozo Herrera por el reclutamiento ilícito del que fuera víctima su hijo Javier Leonardo Cardozo Herrera, pues el Tribunal Superior no se pronunció sobre la pretensión expresada, no obstante haberse sustentado en la audiencia de incidente de reparación.

En tercer término, pide se considere la posibilidad de reconocer la reparación de los daños ocasionados a Wilson Mendoza Casadiegos por el reclutamiento ilícito al que fue sometido "...o por lo menos se le brinde un trato diferencial...", pues si bien su reclutamiento se produjo por fuera del término de la vigencia de la Ley 975 de 2005, las circunstancias atípicas que rodearon el trámite por el hecho al haberse acreditado como víctima, reconocido el postulado Villa Zapata la perpetración del hecho, haberse formulado imputación y legalizado la misma, creó una expectativa que se vio defraudada cuando se decidió excluirlo del proceso y enviar su caso a la justicia ordinaria.

Explica que si bien es necesario mantener el principio de legalidad, los errores cometidos en el proceso no tiene porqué asumirlos la parte más débil, en este caso la víctima.

Por último, solicita pronunciamiento sobre la solicitud de reparación por daño al proyecto de vida presentada en favor de Alexis Montañés Velásquez y Luis Carlos Rojas López, quienes fueron víctimas de reclutamiento ilícito, pues la sentencia impugnada omitió emitir

pronunciamiento al respecto, pese a haberse presentado la pretensión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Acorde con lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, la Corte Suprema de Justicia tiene plena competencia para pronunciarse de fondo en el asunto sometido a examen, por cuanto se trata de una decisión de primera instancia emitida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

No sobra aclarar que este asunto se tramitó en su integridad acorde con las previsiones de la Ley 975 de 2005 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1592 de 2012, en cuanto el fallo de primer grado se emitió el 16 de abril de 2012, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la normatividad en cita.

1. Planteamientos del representante del Ministerio Público

1. Monto de la pena alternativa a imponer

Cuestiona inicialmente el impugnante que no se hubiere aplicado al sentenciado el máximo de ocho (8) años de prisión previsto en la Ley 975 de 2005 como pena alternativa.

La Sala anticipa su decisión en el sentido de acoger el planteamiento del recurrente, pues le asiste razón para reclamar la imposición del máximo de la pena alternativa prevista en la Ley 975 de 2005, por las razones siguientes:

La Ley de Justicia y Paz, al establecer el ámbito de su aplicación, dispone en su artículo 2º que sus destinatarios son los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley que “hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional”.

Dicha exigencia implica la adopción de un conjunto de decisiones encaminadas a dejar atrás sus actividades delictivas, al igual que la determinación de reincorporarse a la sociedad mediante la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia.

Uno de los propósitos de la expedición de la Ley 975 de 2005 obedeció a la dificultad que tenían los organismos estatales de lograr la captura y consiguiente judicialización de quienes, perteneciendo a grupos armados al margen de la ley, se dedicaban a cometer impunemente actividades delictivas.

Ante lo evidente de la capacidad financiera y la fortaleza organizacional que tenían esas agrupaciones ilegales, aunado a la gran envergadura de los comportamientos ilícitos ejecutados, algunos de ellos constitutivos de delitos de lesa humanidad, se estimó necesario que el Estado declinara su pretensión punitiva ordinaria, y en su lugar propusiera a sus integrantes el otorgamiento de un beneficio que los persuadiera a abandonar sus actividades delictivas y se reintegraran a la sociedad, todo ello con la finalidad de encontrar un punto de equilibrio entre justicia y paz, que permitiera alcanzar los objetivos de la primera, así como avanzar en la búsqueda de la segunda.

De esta manera, se estableció en el artículo 29, inciso segundo, de la Ley 975 de 2005, el beneficio de la pena alternativa, conforme al cual aquellos individuos que accedieran a entregarse a las autoridades e hicieran dejación de sus armas, purgarían unos pocos años de cárcel para luego quedar exentos de cualquier persecución de esa naturaleza.

En tales condiciones, para poder ejercer la opción de ser favorecido con la pena alternativa, resulta indispensable no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, lo cual concreta el legislador con los requisitos de elegibilidad, entendida como la eventual posibilidad para ser seleccionado beneficiario de las ventajas punitivas en mención.

Una vez satisfecha la exigencia de elegibilidad, el desmovilizado debe cumplir con las obligaciones contenidas en la ley y en la sentencia, relacionadas con la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación de sus víctimas y el cumplimiento de las garantías de no repetición, para hacerse acreedor al beneficio de la pena alternativa.

A su vez, la Corte Constitucional precisó los elementos fundamentales de la pena alternativa, en los siguientes términos:

“De las anteriores disposiciones se derivan los elementos esenciales de la denominada pena alternativa, tal como la contempla la ley, que por su importancia conviene sistematizar, a partir de lo dicho en el apartado 6.2.1.4.2., así:

(i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.

(ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la ley penal. Esta comprensión se deriva explícita y sistemáticamente de los artículos 3º, 19, 20, 24 y 29.

(iii) Es alternativa: la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.

(iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurran los presupuestos específicos previstos en la presente ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la ley denomina pena alternativa.

(v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma. (Par. Art. 29).

(vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la ley (artículo 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (artículo 29).

(vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: Cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.

(viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si

durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley, para el goce del beneficio, se revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia”.¹

Ahora bien, en orden a dosificar la pena alternativa que corresponde atribuir al sentenciado, necesariamente ha de acudirse a lo previsto en el artículo 29 de la ley de justicia y paz, el cual dispone:

“Artículo 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en delitos, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia”.

Conforme con dicha norma y a las orientaciones respecto de los elementos fundamentales de la pena alternativa, es necesario concluir que su concesión está supeditada al cumplimiento de los requisitos relacionados con la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación de sus víctimas, al cumplimiento de las garantías de no repetición y la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, mientras que su dosificación debe estar apoyada en el análisis de la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva del postulado en el esclarecimiento de los mismos.

Esta última fase, de naturaleza esencialmente valorativa, concede margen de maniobrabilidad al sentenciador, toda vez que constituye el ejercicio de ponderar, visto el caso concreto, aspectos relativos a la gravedad de la conducta y el daño creado.

En torno a las exigencias para acceder a la pena alternativa, sostuvo el Tribunal Superior que en el curso del trámite se acreditó que Orlando Villa Zapata contribuyó con su desmovilización a la consecución de la paz nacional, al tiempo que colaboró con la justicia al confesar sus crímenes, aceptar los cargos formulados por la Fiscalía y entregar bienes para la indemnización de perjuicios.

Adicionalmente, pese a que el a quo destaca la gravedad y modalidad de los delitos por los cuales se emitió la condena, señaló como pena alternativa la privación de la libertad únicamente por lapso de ochenta y cuatro (84) meses.

Sostuvo que si bien se ha comprobado que Villa Zapata organizó y desarrolló acciones que afectaron de forma gravísima los derechos fundamentales de las víctimas, no impondría la pena alternativa máxima prevista en la Ley 975 de 2005, esto es ocho (8) años de prisión, por cuanto se trata de una sentencia parcial y aún están pendientes de legalización delitos de suma gravedad.

Como claramente se puede observar, del contenido del artículo 29 de la ley de Justicia y Paz en torno a los parámetros a tener en cuenta para dosificar la pena

alternativa a imponer, en ninguno de sus apartes se hace referencia a la existencia de otras investigaciones en contra del sentenciado para disminuir su monto en espera a que sea ajustado con una eventual nueva condena.

El Estado de Derecho exige el sometimiento al imperio de la Ley por mandato Constitucional y cumplir con la voluntad del legislador que obliga a dosificar la pena acorde con la reglamentación expedida para el efecto, independientemente de eventuales futuras condenas que puedan llegar a ser emitidas en contra del sentenciado, en cuanto la responsabilidad penal es individual y consecuentemente también la pena de prisión privativa de la libertad.

No se hace necesario agregar o profundizar en mayores argumentos para concluir que efectivamente el juzgador de primer grado incurrió en el equívoco que se denuncia por el recurrente, porque no obstante resaltar la gravedad y modalidad de los delitos por los que se emitió la condena, se abstuvo de aplicar el máximo de la pena alternativa prevista en la ley de Justicia y Paz, como corresponde en atención al principio de proporcionalidad.

La discrecionalidad reglada y el sustento razonable buscan fincar criterios de equilibrio en la concreción de la pena, al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación.

En tales condiciones, se modificará el fallo impugnado, en el sentido de señalar que la pena alternativa que corresponde al sentenciado Orlando Villa Zapata, es de noventa y seis (96) meses de privación efectiva de la libertad, dada la gravedad de los delitos cometidos.

1.2. Tiempo a partir del cual se cuenta la pena alternativa

Respecto a la solicitud del delegado del Ministerio Público para que se aclare desde que

momento empieza el postulado beneficiado a descontar el tiempo impuesto como beneficio de pena alternativa, resulta del caso recordar que el artículo 31 de la Ley 975 de 2005 acorde con el cual el tiempo que hayan permanecido los miembros de grupos armados al margen de la ley desmovilizados en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional debía computarse como parte de ejecución de la pena alternativa, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

Explicó la Corporación que dicha norma quebrantaba el deber que tiene el Estado de imponer y ejecutar sanciones efectivas a aquellos que incurran en violaciones a la ley penal, pues quienes permanecen en las zonas de concentración lo hacen en forma voluntaria, sin estar sujetos a la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales, situación que prescinde y desplaza las intervenciones que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha dicho que la aplicación de la norma en mención no resulta procedente cuando el texto legal se opone materialmente a la Constitución Política. Adujo la Sala que aun cuando dicha norma había sido declarada inexecutable por vicios de forma, de todas maneras acusaba materialmente una oposición abierta a las normas superiores que imponían acudir a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicarla.

En tales condiciones, no hay lugar a reconocer a los postulados como pena cumplida el tiempo que permanecieron en la zona de concentración.

Diferente situación se presenta en torno a la aplicación del parágrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006, según el cual los desmovilizados que voluntariamente se hubieren puesto a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la ley 975 de 2005, mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de Justicia y Paz administrados y definidos

por el INPEC y en los previstos por el párrafo 2 del artículo 21 de la Ley 65 de 1.993, lapso que se contabilizará al cumplimiento de la pena alternativa que corresponda.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que el artículo 18A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, al tiempo que introdujo la posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento impuesta la postulado por otras no privativas de la libertad, fijó de manera expresa el momento desde el cual comienza a contarse el término de los ocho (8) años, al indicar que para el postulado que se haya desmovilizado estando en libertad, el plazo comienza a correr "...a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario...", mientras que para aquél que haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización los ocho (8) años de reclusión se contarán "...a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley...". (Confrontar CSJ SP, 29 de May 2013, Rad. 40561)

En el evento en análisis quedó evidenciado que Orlando Villa Zapata se desmovilizó estando en libertad, motivo por el cual ha de concluirse que la pena alternativa empieza a contar desde el momento en que haya quedado privado de la libertad en establecimiento carcelario "...sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario...".

No sobra recordar que el tiempo que deberá ser descontado para el cumplimiento de la pena alternativa, será definido y reconocido por la autoridad judicial competente para vigilar y controlar la ejecución de la pena correspondiente.

2. Argumentos de la abogada Adriana Silva Villanueva, representante de víctimas

2.1. Respecto de Andrés Adolfo Herrera Laguna

Cuestiona que el fallo impugnado no hubiere hecho mención a la solicitud de reparación al

proyecto de vida en cuanto se relaciona con Andrés Adolfo Herrera Laguna.

Examinadas las pretensiones de la representante de Herrera Laguna en calidad de víctima reconocida, la Sala pudo constatar que efectivamente además de la solicitud de medidas reparatorias, de rehabilitación y de satisfacción, pidió se condenara al postulado al pago de los perjuicios morales, así como por el daño a la vida de relación y al proyecto de vida.

En cuanto se refiere a este último aspecto, sostuvo que Herrera Laguna tenía aspiraciones para realizar una vida mejor y ser un miembro de la Policía Nacional, propósitos que se vieron truncados debido a que fue engañado para que entrara a formar parte del grupo armado organizado al margen de la ley y perdió la oportunidad de contar con educación y una profesión o de tener un empleo, toda vez que es muy difícil que las fuerzas militares acepten a un desmovilizado en sus filas, así cumpla con todos los requisitos de ley.

Solicitó en consecuencia que los perjuicios por éste concepto, sean tasados en cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ciertamente, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en torno a la condena al pago de perjuicios por daño al proyecto de vida², también denominado pérdida de oportunidades, el cual corresponde a aquellas aspiraciones, propósitos, potencialidades y expectativas de las personas que no pueden llevarse a feliz término en razón de la afrenta a sus derechos.

El delito produce de ordinario un daño público que da nacimiento a la acción penal ejercida por el Órgano del Estado encargado de la persecución de la delincuencia, y un daño privado el cual origina la acción civil, cuya titularidad descansa en las víctimas o perjudicados con la transgresión de la ley, a quienes les asiste el derecho de reclamar el pago de los perjuicios que hayan sufrido con la conducta punible.

Es sabido que el responsable del hecho punible está obligado a reparar o indemnizar el daño causado de acuerdo con la ley civil, específicamente atendiendo al contenido del artículo 2341 del Código Civil, que preceptúa:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

A su vez, de conformidad con el artículo 1494 del mismo ordenamiento jurídico, se tiene que una de las fuentes de las obligaciones es el delito, porque su ejecución puede generar un daño privado en la medida en que afecte los intereses patrimoniales o extra patrimoniales de una o varias personas.

Por su parte la Ley 975 de 2005, en su artículo primero, establece como uno de sus objetivos esenciales garantizar los derechos de las víctimas, dentro de los cuales se incluyen la verdad, justicia y reparación; el artículo 4º señala que el proceso de reconciliación nacional regulado en esa ley deberá promover el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y, por último, el canon 8º preceptúa que el derecho a la reparación de las víctimas comprende las acciones tendientes a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, y precisa que la indemnización “consiste en compensar los perjuicios causados por el delito”.

Es de anotar que si bien el artículo 94 del Código Penal contempla solamente el deber de reparar los daños materiales y morales, no existe duda que constituye igualmente obligación del juzgador penal reconocer aquellos daños que se producen a la vida de relación y al proyecto de vida, siempre y cuando aparezcan demostrados en el proceso, toda vez que se trata de un imperativo que surge de las normas constitucionales y legales que establecen el derecho de las víctimas a obtener la reparación integral de los

perjuicios causados con la conducta punible.

La sentencia impugnada se pronunció en torno a las pretensiones de la víctima, salvo respecto de aquella relacionada con el daño al proyecto de vida.

Así, por concepto de daño moral se reconoció tanto a Andrés Adolfo Herrera Laguna como a su progenitora, el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que por el daño a la vida de relación, se otorgó a la víctima el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Nada se dijo respecto de los perjuicios solicitados por el daño a la calidad de vida, motivo por el cual procede declarar la nulidad del fallo para que se revise este aspecto en particular.

Lo anterior por cuanto, como se ha sostenido en anteriores oportunidades, 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..."³; 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..."⁴.

Dicho planteamiento fue ratificado en sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado número 38222, en los siguientes términos:

"...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”; 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...”⁵

En conclusión, se decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la última sesión del incidente de reparación integral exclusivamente en relación con el aspecto sometido a debate, a efectos de que, previo a emitir el fallo respectivo, el Tribunal se pronuncie en torno a las pretensiones de la abogada de Andrés Adolfo Herrera Laguna que busca la reparación del daño al proyecto de vida.

Idéntica determinación se adoptará en relación con las víctimas Alexis Montañés Velásquez y Luís Carlos Rojas López, representados por la abogada Fanny Sánchez Yague, por cuanto de igual manera en su oportunidad elevó solicitud de indemnización por el daño al proyecto de vida de sus representados, sin que obtuviera pronunciamiento alguno del juzgador de primer grado, eventualidad por la cual instauró recurso de apelación, conforme quedó documentado en el acápite referido al resumen de las pretensiones de los impugnantes.

2.2. Respecto de Claudia Milena Rodríguez

Afirma que se crearon falsas expectativas para Claudia Milena Rodríguez, pues no obstante haber concurrido a la totalidad del trámite surtido, en la sentencia impugnada no se realizó pronunciamiento en torno a las medidas de reparación solicitadas y por el contrario se ordenó compulsar copias para que la justicia ordinaria adelante la investigación correspondiente.

La pretensión de la Libelista no está llamada a prosperar, por cuanto acorde con los

postulados de la Ley 975 de 2005 vigente para el momento en que se emitió la sentencia, es claro que los comportamientos sujetos a su trámite eran sólo aquellos que tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la ley citada, y no después, como lo precisó la Corte en decisión del 24 de febrero de 2009, radicado 30999.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 72 la ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que aplica para hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, bajo el criterio de que “todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados de los grupos armados”⁶.

La fecha en que se materializó el punible, lo fue con posterioridad al 18 de septiembre de 2005, es decir cuando ya había entrado en vigencia la Ley 975 de 2005 (25 de julio de 2005), motivo por el cual la determinación adoptada por el Tribunal Superior será confirmada.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el artículo 36 de la Ley 1592 de 2012 modificó el mencionado artículo 72 en el sentido de indicar que “para el caso de desmovilizados colectivos en el marco de acuerdos de paz con el Gobierno nacional, la presente ley se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su desmovilización”, regulación que modifica el marco temporal de los hechos sometidos al trámite de la Ley de Justicia y Paz, al ampliarlo a aquellos ocurridos con anterioridad a la desmovilización del postulado.

En dicha eventualidad encaja la situación de Claudia Milena Rodríguez, si se tiene en cuenta que su reclutamiento ilícito se produjo entre el 18 de septiembre y el 23 de diciembre de 2005, mientras que la desmovilización de Orlando Villa Zapata tuvo lugar en esta última fecha, motivo por el cual procede modificar la sentencia impugnada en cuanto ordenó compulsar copias a la justicia ordinaria, y en su lugar disponer que las

copias sean remitidas a la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, para que previó el trámite pertinente, impute y formule cargos al infractor, brindándole la oportunidad a la víctima para que sea reconocida en el respectivo proceso y a través de su representación judicial, esté en capacidad de participar y obtener las medidas reparatorias pertinentes, máxime que en esta oportunidad se está ante una sentencia parcial en contra del postulado Orlando Villa Zapata.

No es factible que en sede del recurso de apelación la Sala se pronuncie en relación a dicho aspecto, pues ello implicaría vulnerar el principio constitucional de la doble instancia.

La misma decisión se tomará en torno al planteamiento esgrimido por la abogada Fanny Sánchez Yague en relación con su representado Wilson Mendoza Casadiegos, quien según los registros se vinculó al grupo armado organizado al margen de la ley el 12 de agosto de 2005, esto es, con posterioridad al 25 de julio del mismo año, fecha de entrada en vigencia la Ley de Justicia y Paz, al igual que respecto de Jefferson Eduardo Ruiz, en torno a quien se presenta idéntica situación.

2.3. Respecto de Eliseo Meche Tarache, Julio Andrés Capera Atencia, Disney Serafín Caicedo Sarmiento, Juan Carlos Caicedo Sarmiento, Willinton Andrés Pérez Ortiz, Andrés Adolfo Herrera Laguna, Adrian Alberto Marín, José Olivo Picón Fuentes, Mario Antonio Núñez Alvarado, Marco Antonio Núñez Alvarado

Califica la Libelista de insuficiente el monto fijado para la indemnización de perjuicios respecto de las víctimas mencionadas, pues si se tiene en cuenta la gravedad y magnitud del daño frente a cada menor, no es equitativo repararlos con tan pocos salarios mínimos.

No obstante el alcance de su pretensión, ninguna prueba se ofreció para demostrar este aspecto, ni se argumentó sobre cómo se configuró esta clase de perjuicio, en tanto la apoderada se limitó a reproducir algunos de los aspectos tenidos en cuenta por el juez de primer grado en orden a delimitar el monto de los perjuicios, pero no otorgó elementos de convicción concretos sobre la configuración de este menoscabo.

Ha sido criterio reiterado de la Sala, que "...los principios básicos de la reparación del daño imponen su demostración como precedente necesario que habilita su reparación..."⁷

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, afirmación que refleja únicamente una expectativa en torno a un eventual pronunciamiento de la mencionada autoridad judicial, pero sin ofrecer argumento alguno, fáctico ni jurídico, respecto a los criterios que deberían ser tenidos en cuenta para llegar a dicha conclusión, como tampoco explica los factores con fundamento en los cuales debería ampliarse la condena en perjuicios.

No puede perderse de vista que la demostración del daño y el consecuente perjuicio causado constituyen presupuesto esencial para la reparación y la indemnización, más aun en esta materia donde no existe presunción de configuración del daño reclamado.

En tales condiciones, la determinación impugnada en cuanto se relaciona con este específico aspecto, será confirmada, por la carencia de argumentos orientados a enfrentar las razones contenidas en la sentencia impugnada.

La misma argumentación resulta pertinente respecto del planteamiento esgrimido por la abogada Fanny Sánchez Yague en favor de Elcida Estela González Durán, Alexis Montañés Velásquez, Faustino Montañés, Alba Nidia Velásquez Soloza, Javier Leonardo Cardozo

Herrera, Luís Carlos Rojas López, Ana Dolores Rojas de Rojas, Jefferson Andrey Picón Angarita, Luz Marina Picón Angarita, Carlos Andrés Rubio Gutiérrez, Víctor Hugo Ramos Hernández, Richard Erney Alarcón Pabón, Julio Ernesto Alarcón Blanco y María Clara Pabón Martínez, por cuanto igualmente se limita a reclamar la elevación del monto asignado a título de indemnización de perjuicios, pero sin ofrecer elementos de juicio distintos a los tenidos en cuenta por el Tribunal Superior para tasarlos en la forma indicada en el fallo impugnado.

La sentencia impugnada en relación con este punto, será confirmada.

2.4. Respecto al condicionamiento al pago de los perjuicios

Cuestionó que el pago de las indemnizaciones ordenadas, se hubiere condicionado a que la Agencia Colombiana para la Reintegración certifique que las víctimas han cumplido con el programa de reintegración, toda vez que no es legítimo supeditar la reparación con exigencias que difícilmente se pueden llegar a cumplir.

Se ha pronunciado la Sala en torno al tema, en la medida en que ciertamente es factible que las víctimas del delito de reclutamiento ilícito pudieran tener la doble connotación de víctimas y victimarios, debido a los delitos graves que hubiesen podido cometer siendo ya mayores de edad. Se pronunció la Sala en los siguientes términos⁸:

“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 penales⁹).

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 minoridad¹⁰, 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.”

De conformidad con lo anterior, es claro que las víctimas tienen un tratamiento diverso al que es factible aplicar a los causantes de su dolor.

Posteriormente, la Sala ratificó dicho criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado número 38222, al expresar:

“...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...”.

...

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.

En esta oportunidad se ha de ratificar, entonces, que ningún sentido tiene exigir para el pago de que son titulares las víctimas, el cumplimiento de la obligación condicional a que se refiere la sentencia impugnada, en cuanto la misma está relacionada con aquello que es exigible a los desmovilizados, no a las víctimas.

Así las cosas, resulta imperioso revocar el condicionamiento que se impuso a las víctimas para poder recibir el pago en mención.

3. Argumentos de la abogada Fanny Sánchez Yague, representante de víctimas

3.1. Respecto de Carmen Isolina Herrera y Juan Cardozo Herrera

El planteamiento de la representante de víctimas no está llamado a prosperar, esencialmente por cuanto su afirmación respecto a que en la audiencia de incidente de reparación elevó solicitud para que les fuera cancelada a Carmen Isolina Herrera y

Juan Cardozo Herrera en calidad de víctimas indirectas indemnización por el daño moral padecido, no corresponde a la realidad.

Lo anterior por cuanto si bien se presentó solicitud para el pago de perjuicios morales a favor de Javier Leonardo Cardozo Herrera como afectado directo, no hizo mención a ninguna pretensión indemnizatoria a favor de las víctimas indirectas.

En tales condiciones, no aprecia la Sala que hubiere incurrido el Tribunal Superior en una omisión en el reconocimiento de perjuicios causados a las víctimas indirectas descritas con anterioridad, pues si bien acreditaron su parentesco con la víctima directa, no manifestaron en la etapa procesal pertinente para ello sus pretensiones indemnizatorias.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala en anteriores oportunidades, en los siguientes términos:

“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”¹¹.

Así las cosas, el fallo impugnado será confirmado en torno a este tema.

3.2. Las demás pretensiones de la abogada Sánchez Yague fueron atendidas en párrafos anteriores, tal y como se advirtió oportunamente.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: MODIFICAR el numeral Sexto del fallo impugnado, en el sentido de señalar que el beneficio de pena alternativa que corresponde al postulado Orlando Villa Zapata, equivale a un período de noventa y seis (96) meses de privación efectiva de la libertad.

Segundo: ACLARAR que la pena alternativa empieza a contar desde el momento en que el postulado está privado de la libertad en establecimiento carcelario bajo la dirección del INPEC.

Tercero: REVOCAR el numeral Décimo Cuarto del fallo impugnado, en cuanto impuso como condicionamiento al pago de las indemnizaciones a las personas reconocidas como víctimas, que la Agencia Colombiana para la Reintegración o quien haga sus veces, certifique que han cumplido con el programa de reintegración previsto en su normatividad.

Cuarto: DECLARAR la nulidad parcial de lo actuado, a partir, inclusive, de la última sesión del incidente de reparación integral, a efectos de que, previo a emitir el fallo respectivo, el Tribunal Superior se pronuncie acerca de las pretensiones de las abogadas de Andrés Adolfo Herrera Laguna, Alexis Montañés Velásquez y Luís Carlos Rojas López, en torno a la reparación del daño al proyecto de vida.

Quinto: Aclarar que las copias para que se investigue la situación de las víctimas Claudia Milena Rodríguez, Jefferson Eduardo Ruíz y Wilson Mendoza Casadiegos, sean remitidas a la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

Sexto: CONFIRMAR el fallo impugnado en todo lo demás.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ M.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Corte Constitucional. Sentencia C- 370 de 2006.

2 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 1998. Reparaciones. Caso Loayza Tamayo versus Perú.

3 Corte Suprema de Justicia. 6 de junio de 2012. Radicado No 35508

4 ibidem.

5 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado 38222

6 Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicado 34547

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

9 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.

10 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.

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