

DESPLAZAMIENTO FORZADO, SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PENAL INTERNO HACIA UNA CONFLUENCIA RACIONAL Y CONSISTENTE DE DIVERSOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una jurisprudencia muy interesante para dar cuenta de hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno, a pesar de que la Convención Americana no contiene expresamente una norma que se refiera a este fenómeno. Lo ha hecho de manera indirecta, a partir de normas que establecen derechos que son vulnerados por este fenómeno complejo. En el ámbito interno, a su vez, esta jurisprudencia alimenta el debate constitucional y penal respecto de la protección al desplazado y de la sanción de un delito que constituye hoy crimen internacional, sea como delito de lesa humanidad o como crimen de guerra. No obstante, sucede en la práctica una confusión entre estos tres diferentes ámbitos de protección, de modo que el derecho penal se ve disfuncionalizado y negado en sus principios, obligado a dar respuestas que lo sobrepasan y exceden, frente a un delito pluriofensivo que merece respuestas institucionales en las que se armonicen la política social y la política criminal. El trabajo se acompaña de una excursión donde se abordan temas especialmente problemáticos en la dogmática que determina este delito de ejecución permanente.

Palabras clave: desplazamiento forzado, jurisprudencia, protección de los derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, proceso penal.

ZUSAMMENFASSUNG. Das interamerikanische Menschenrechtssystem hat eine sehr interessante Rechtsprechung zu Vorgängen entwickelt, die Zwangsumsiedlungen in einem Land darstellen, obwohl die amerikanische Konvention keine ausdrückliche Vorschrift enthält, die dieses Phänomen zum Gegenstand hat. Der Bezug wird indirekt über Normen hergestellt, in denen Rechte definiert werden, die durch das genannte

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

vielschichtige Phänomen verletzt werden. Intern leistet die Rechtsprechung einen Beitrag zur verfassungs- und strafrechtlichen Debatte über den Schutz von Zwangsumgesiedelten und die Verfolgung einer Straftat, die heute ein Verbrechen gegen das Völkerrecht darstellt, sei es als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder als Kriegsverbrechen. In der Praxis ergeben sich jedoch Verwechslungen zwischen den drei genannten Schutzbereichen, wodurch die Funktion des Strafrechts beeinträchtigt und seine Grundlagen in Frage gestellt werden, wenn es angesichts einer plurioffensiven Straftat, die institutioneller Antworten mit einer aufeinander abgestimmten Sozial- und Kriminalpolitik bedürften, dazu verpflichtet ist, Antworten zu geben, die über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgehen und es überfordern. Die Arbeit enthält einen Exkurs zu einigen Themen, die hinsichtlich der diese fortgesetzte Straftat definierenden Dogmatik besonders problematisch sind.

Schlagwörter: Zwangsumsiedlung, Rechtsprechung, Menschenrechtsschutz, internationales Recht der Menschenrechte, Strafprozess.

ABSTRACT. The Inter-American human rights system has developed very interesting case law to deal with cases of forced internal displacement, despite the fact that the American Convention has no specific rule on this issue. It has used an indirect approach, based on the rules that establish rights which are infringed by this complex phenomenon. At the domestic level this case law fuels the debate about the protection afforded by the constitutional and criminal systems to displaced persons and the punishment of an offense which is currently an international crime – a crime against humanity or a war crime. Nevertheless, in practice there is some confusion about the three different levels of protection, so criminal law is forced to alter its function and deny its principles in order to respond to issues that go beyond its role. This is a multiple offense crime which requires institutional answers that combine social and criminal policies. The paper has an appendix about especially difficult topics with regard to the doctrinal principles at stake in this permanent crime.

Keywords: forced displacement, case law, human rights protection, international human rights law, criminal procedure.

1 • Introducción

Existe una especie de trípode hoy, en cuanto hace referencia a la protección nacional e internacional de derechos humanos, el cual se encuentra conformado, en América Latina, por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el sistema constitucional de protección de los derechos humanos y el sistema penal de protección de los derechos humanos —que se concreta en ámbitos como el de la persecución penal nacional de crímenes internacionales—. Este último, por su naturaleza penal, es restringido y restrictivo por excelencia; está determinado, en cuanto sistema penal, por los principios que lo rigen y lo condicionan. Con el derecho penal no se promueven conductas, se reacciona ante la violación de normas que tipifican conductas; no constituye un sistema de promoción de valores ni de derechos: es un sistema de contramotivación de conductas, de reacción sancionatoria ante el desconocimiento de las normas.

Por esa razón, lo primero que se impone frente a las políticas públicas de protección y promoción de derechos humanos es la diferencia consistente y racional de los distintos ámbitos de protección. Así, teniendo en cuenta la existencia de dicho trípode, se deben establecer puentes que comuniquen los ámbitos de protección, sin por ello mezclarlos o confundirlos, disfuncionalmente. No obstante, lo que parece suceder en diversos países de América Latina es que al sistema penal se lo carga con tareas que no le corresponden, que lo agobian y lo hacen disfuncional, lo que produce reacciones y decepciones sociales que le restan legitimidad. De esta forma, en lo que concierne a la persecución penal de crímenes internacionales, tema que ocupa permanentemente al Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en el contexto más amplio de la protección penal de derechos humanos —concepto que, desde luego, no es pacífico, justamente por las impropiedades que puede generar—, existen tendencias a llevar a cabo dicha persecución, violando el carácter restrictivo y acotado del derecho penal, en función de la investigación y sanción, loable y necesaria, de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH).

En el centro de esta confusión se puede encontrar la tarea estatal de persecución penal del delito de desplazamiento forzado, tema del cual se ocupará el presente trabajo. Se trata de un verdadero drama del siglo XX y XXI, particularmente en países que, como Colombia o incluso el Perú y algunos países centroamericanos, han soportado, y en el primero soportan aún con rigor, situaciones propias de guerra o conflictos

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

armados internos con grupos irregulares. Pero también el desplazamiento forzado es un gran ejemplo de cómo puede funcionar la complementariedad de los sistemas de protección, cada uno, como se ha insistido, desde su propia perspectiva y ámbito de aplicación. Así, en el presente trabajo se adelanta un estudio de cómo ha sido abordado por el sistema interamericano de derechos humanos el desplazamiento forzado, de los orígenes de las decisiones y los contextos en los cuales ellas tienen lugar, al mismo tiempo que se adelanta un estudio del delito en sí, de sus aspectos penales fundamentales como crimen internacional y de las tensiones que se generan, en detrimento del derecho penal, cuando se mezclan y confunden disfuncionalmente los ámbitos de protección al impulsar la persecución penal nacional del crimen comentado. (Este apartado se presenta a manera de excursus. Se hará referencia general a decisiones del sistema interamericano, es decir, relacionadas con diversos países, para luego, en el estudio propiamente penal, hacer mayor énfasis en el caso colombiano, el cual ilustra muy bien las dificultades en la práctica diaria de persecución penal de un delito de estas características.)

2 • El desplazamiento forzado en el sistema interamericano de derechos humanos

Las violaciones a los derechos humanos que se generan a partir de un desplazamiento forzado han sido objeto de varios debates dentro del sistema interamericano de derechos humanos. De esta manera, aun cuando la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), base de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), no hace mención expresa al desplazamiento forzado interno, los órganos del sistema han sido activos al manifestarse sobre esta situación.

A continuación se hará referencia a los informes anuales y peticiones individuales en los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia al desplazamiento forzado, para luego hacer lo propio con los casos que ha fallado la Corte IDH en este sentido. Los argumentos de estos órganos van dirigidos a recalcar que el desplazamiento forzado entraña diversos y simultáneos tipos de violaciones a los

ALEJANDRO APONTE CARDONA

derechos humanos protegidos por la CADH, particularmente cuando dichos desplazamientos tienen lugar en situaciones de conflicto armado interno.¹

2.1. Informes anuales y temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre desplazamiento forzado

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rinde informes anuales ante la Asamblea General de la OEA, al tiempo que prepara estudios e informes temáticos, los cuales usualmente tratan sobre la situación de los derechos humanos en un Estado. Igualmente, este órgano estudia y tramita las peticiones individuales que le sean presentadas sobre presuntas violaciones a los derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables, y señala —agotado el trámite de admisibilidad y si el caso lo amerita— la consecuente violación de los derechos humanos por un Estado. Así, dichos informes y peticiones han sido la base para poner de manifiesto ante el sistema interamericano de derechos humanos situaciones de desplazamiento forzado interno que implican violaciones a derechos humanos consagrados en la CADH.

Respecto de los informes anuales, es relevante resaltar que la Comisión Interamericana se refirió por primera vez a hechos constitutivos de desplazamiento forzado en octubre de 1981, a través del *Informe anual 1980-1981*, donde estableció que el desplazamiento forzado era un nuevo fenómeno a propósito del cual se debían tomar medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos.² Este *Informe*, además de constituir el precedente principal para que el desplazamiento forzado interno y sus consecuencias adquiriesen relevancia ante el SIDH, tiene particular importancia en el horizonte de la necesaria confluencia —mas no confusión— de ámbitos de protección de protección de derechos humanos en contextos de conflicto armado. Ello por cuanto, en el entender de la Comisión, el desplazamiento forzado interno, que en aquella época comenzaba a adquirir gran magnitud, era un efecto secundario de la violencia.³ A su vez,

¹ Como se ve, esta conclusión nos remite inmediatamente al tema que el autor abordó en la reunión anterior del Grupo de Estudios latinoamericano, en Buenos Aires en el año 2009, a propósito de cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias contra Estados por violaciones a normas de derecho internacional humanitario sin tener competencia en principio, ya que la Convención Americana no contiene normas humanitarias. Véase Alejandro Aponte: "El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad, 2010, pp. 125-170.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1980-1981*, octubre de 1981.

³ *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

en ese informe la Comisión exhortó a los Estados a brindar asistencia y protección a las personas víctimas del desplazamiento, lo que reiteró en los informes anuales de 1981-1982 y 1983-1984.

Más adelante, en el *Informe anual 1984-1985*, la Comisión se pronunció a fondo sobre el tema objeto de estudio, tras analizar los desplazamientos humanos en la región.⁴ Sin embargo, en dicho *Informe*, así como en los dos antes referidos, la Comisión centró su atención en el problema del refugio de personas en otros países. A partir de lo expresado, han sido varios los informes anuales de este órgano que han hecho referencia al desplazamiento forzado interno, haciendo patente que dicho fenómeno implica la vulneración de varios derechos humanos consagrados en la CADH.⁵

Es pertinente destacar el *Informe anual 2009*, en el cual la Comisión hizo alusión al desplazamiento forzado que afecta a la población civil en Colombia recordando pronunciamientos que, en el ámbito interno, la Corte Constitucional colombiana ha efectuado sobre el desplazamiento forzado. En este sentido, la Comisión indicó:

La Corte Constitucional de Colombia examina en forma periódica la situación de la población desplazada en el marco del conflicto armado. Mediante sentencia T-025 de 2004 declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional por efecto del desplazamiento forzado y ordenó que las políticas públicas protejan efectivamente los derechos de las personas desplazadas y superen el estado de cosas inconstitucional. Estas directrices han sido progresivamente precisadas por la Corte Constitucional en sucesivos autos de seguimiento. En 2009 la Corte Constitucional profirió los Autos 004 sobre desplazamiento de pueblos indígenas; 005 sobre desplazamiento de la población afrodescendiente; 007 sobre coordinación de políticas públicas de atención a la población desplazada por parte de las entidades territoriales; 008 sobre el mantenimiento del estado de cosas inconstitucional respecto de la población desplazada; 009 sobre el homicidio de un familiar de una líder de la Liga de Mujeres Desplazadas; 011 sobre el sistema de información y registro de la población desplazada; y 222 sobre la adopción de medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de Caracolí perteneciente al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Curvaradó.⁶

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1984-1985*, octubre de 1985.

⁵ Por ejemplo, el *Informe anual* de la CIDH de 1998, donde formula recomendaciones a los Estados para que acojan, respeten e implementen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Marco Alberto Velásquez Ruiz: *El fenómeno del desplazamiento forzado interno desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos*, monografía para optar por diploma de especialista, XXXIV Curso de Derecho Internacional "Aspectos jurídicos del desarrollo regional", Organización de Estados Americanos, Río de Janeiro, 2008.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 2009*, diciembre de 2009, § 86.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

De igual forma, la Comisión señaló que continuaría “dando seguimiento a las medidas que se adopten a fin de atender la situación de la población desplazada y el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en los plazos por ella estipulados”.⁷ En este sentido, el tratamiento dado por la Comisión Interamericana al desplazamiento forzado, particularmente en Colombia, pone de manifiesto la confluencia de diversos ámbitos de protección de derechos humanos al tomar medidas para reparar este problema. Así, como se ve, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo referencia a la Corte Constitucional colombiana al evaluar el tratamiento que en el ámbito interno ha tenido el desplazamiento forzado, pero, a su vez, la propia Corte Constitucional hizo alusión a recomendaciones efectuadas por la Comisión en materia de desplazamiento forzado en la sentencia T-025 de 2004, particularmente en relación con los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno como documento útil al interpretar las normas en materia de desplazamiento forzado. En esa oportunidad indicó:⁸

Diversos organismos e instancias internacionales han recomendado la aplicación de estos principios por parte de las diversas autoridades de los Estados en los que se presente el problema del desplazamiento interno forzado, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, la Organización de la Unión Africana, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, la Organización del Commonwealth y diversos gobiernos.⁹

⁷ *Ibidem*, § 89.

⁸ Para mayor información sobre el valor que en el ámbito interno tienen los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, se recomienda ver el libro del autor, titulado: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, publicado en la colección de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Fundación Konrad Adenauer en enero de 2011, pp. 104 ss.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 del 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, nota al pie número 22. En esta sentencia, como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe* antes citado, la Corte Constitucional colombiana declaró que existía un “estado de cosas inconstitucional” en materia de desplazamiento forzado en Colombia. Para la Corte, dicho estado se declara si se constata la existencia de los siguientes requisitos: 1) una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, que afecta a un número significativo de personas; 2) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; 4) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante, y vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Nótese cómo ambos órganos, el interno y el internacional, se citan mutuamente con el propósito de establecer el tratamiento que uno y otro le han dado al fenómeno del desplazamiento forzado interno. Esto en un principio es correcto, siempre y cuando ambos ámbitos de protección respeten sus límites propios y no se confundan ni se mezclen con el sistema penal de protección de derechos humanos, como se recalcará en la próxima sección.

Por otra parte, en paralelo a los informes anuales referidos, la Comisión ha elaborado tres informes temáticos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, los cuales han hecho referencia al desplazamiento forzado interno. El primero de estos data de 1981 y alude al desplazamiento que Colombia para esas épocas comenzó a padecer.¹⁰ Es pertinente resaltar que en ese informe la Comisión señaló al gobierno colombiano como uno de los actores causantes del desplazamiento forzado en el país, así como a los campesinos y a los indígenas como sujetos en especial peligro de sufrir desplazamiento forzado. Luego, en 1993, la Comisión volvió a pronunciarse sobre la situación de los derechos humanos en Colombia e hizo referencia al desplazamiento interno como una consecuencia de la violencia que el país padecía.¹¹ Por otra parte, en este último informe destaca la falta de atención que para 1993 recibía el desplazamiento en Colombia, a pesar de que 10 años antes la Comisión ya había exhortado al Estado a ocuparse del asunto. Por último, en 1999 la Comisión elaboró un nuevo informe sobre el Estado colombiano, muy detallado sobre el desplazamiento interno, en el cual expresó que este era uno de los aspectos más graves de la situación de los derechos humanos en general en Colombia.¹²

2.2. La presión internacional y el inicio de políticas públicas en materia de desplazamiento forzado

La presión internacional que para un Estado implica que se haga notorio un fenómeno de magnitudes tales como las que tiene el desplazamiento forzado en Colombia ha sido útil para que en el ámbito interno se tomen medidas sobre el fenómeno. Para explicar esta situación es menester hacer referencia, así sea brevemente, a los orígenes de

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1981.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1993.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1999.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

la preocupación internacional por el tema y al impacto concreto que ello tuvo en el país. Hay que aclarar, no obstante, que el desplazado, como víctima del conflicto armado y los violentos procesos de apropiación de la tierra en Colombia, solo existió como tal para el Estado colombiano desde 1995. Antes era invisible para la política social estatal.¹³ Fue tomado en cuenta por primera vez con la denominada “política para migraciones por razones económicas” del gobierno de Barco Vargas (1986-1990) o, como se verá, se lo asimiló al damnificado por desastres naturales en el gobierno de Gaviria Trujillo (1990-1994).¹⁴ ¿Qué cambio se produjo para que el desplazado adquiriera un papel visible en la política pública colombiana y causara que el Estado comenzara a emprender esfuerzos para recuperar y garantizar sus violados derechos?

Varios factores confluyeron en el proceso de hacer visible esa realidad que padecían millones de colombianos pero ante la cual la sociedad era indiferente; algunos de ellos serán reseñados a continuación. Valga establecer en primer término que el fin de la Guerra Fría no solo evidenció la complejidad del problema de los desplazados internos en varios lugares del mundo, sino también sus dimensiones políticas, sociales, económicas, psicológicas y jurídicas. Esta situación comenzó a preocupar a la comunidad internacional y, en relación con ello, la evaluación de la problemática de los desplazados en Colombia fue llevada a cabo por el representante del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, Francis M. Deng.¹⁵

La visita de este diplomático a Colombia, entre el 10 y el 18 de junio de 1994, permitió elaborar un reporte en el que se hacía un recuento de los antecedentes históricos y la evolución del fenómeno, para luego enumerar elementos de diagnóstico y formular una serie de recomendaciones de política para el Estado y para las organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.¹⁶ A su vez, Deng señaló que las personas que estaban aparentemente condenadas a padecer situaciones de desplazamiento

¹³ Sobre las paradojas de la visibilidad que puede, pese a toda buena intención, hacer visible al desplazado para seguir siendo desconocido en la práctica o perseguido, véase el texto de Roberto Vidal López que constituye una teoría del desplazamiento: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*: Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, pp. 31 ss.

¹⁴ Martha Bello: “El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social”, en *Revista Aportes Andinos*, n.º 7, ponencia presentada en la conferencia regional “Globalización, migración y derechos humanos”, PADH, Quito, octubre de 2003, p. 7.

¹⁵ Andrés Franco: “Los desplazados internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones a largo plazo”, en *Colombia Internacional*, n.º 42, abril-junio, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1998, p. 1.

¹⁶ *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

forzado eran víctimas de varias violaciones a los derechos humanos.¹⁷ Estos elementos constataban la preocupación de la comunidad internacional por la situación de los desplazados de Colombia y eran un impulso para que el país comenzara, tímidamente, a crear soluciones que remediaran el fenómeno.

Excede los límites de este trabajo dar cuenta de un desarrollo tan complejo; sin embargo, con estas alusiones se pretende ilustrar que fue la comunidad internacional la que influyó para que se fuesen asumiendo directrices en el ámbito interno con el propósito de prevenir el fenómeno. No obstante, como se verá, hasta mediados de la década del 2000 no hubo un avance importante en cuanto a la persecución penal del delito.

2.3. Peticiones individuales en materia de desplazamiento forzado interno

El primer caso en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que existían hechos constitutivos de desplazamiento forzado fue el del pueblo indígena *Yanomami contra Brasil*, en 1985.¹⁸ En este la Comisión estableció que Brasil había violado el derecho de residencia y tránsito, contenido en el artículo VIII de la Declaración Americana de 1948, como consecuencia de la construcción de una autopista que generó el desplazamiento de la comunidad y truncó su proceso de vida. Luego, en el caso de *María Mejía contra Guatemala*, la Comisión por vez primera estableció que el desplazamiento forzado implicaba la violación de un derecho consagrado en la CADH, el artículo 22.1, que hace referencia a la libre circulación y residencia. Concretamente, en el caso en referencia la Comisión indicó:

El desplazamiento forzado de 39 miembros de la población de Parraxtut Segundo, quienes por amenazas de los comisionados militares y los jefes de las PACs tuvieron que refugiarse en las oficinas del CERJ y en otros lugares fuera de su comunidad, constituye una violación al artículo 22.1 de la Convención que reconoce el derecho de circulación y residencia.¹⁹

Es importante en este punto expresar que la Comisión manifestó que la violación probada del derecho a la integridad personal fue el antecedente primario que generó el desplazamiento forzado de los miembros de la comunidad. Ello se debe a que las

¹⁷ Jorge González Jácome: *El camino hacia la categorización del desplazado como sujeto especial de derechos*, tesis de grado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 30.

¹⁸ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 20.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *María Mejía contra Guatemala*, petición 10.553, informe de fondo n.º 32, de 1996.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

amenazas de los militares a los miembros de la comunidad tuvieron el objetivo de intimidar a los desplazados para que no regresaran, lo que implicó una violación al derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia.²⁰

2.4. Casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pese a los múltiples pronunciamientos de la Comisión Interamericana sobre la grave violación de derechos humanos que representa el desplazamiento forzado interno, así como las recomendaciones públicas hechas a los Estados —particularmente a Colombia— para subsanar el problema, han seguido ocurriendo hechos de desplazamiento forzado, por lo cual la Corte IDH ha proferido diversas providencias que tienen relación directa con este fenómeno. A continuación se hará referencia a algunas de ellas.

2.4.1. *El artículo 22 del Pacto de San José como marco general de interpretación de las conductas constitutivas de desplazamiento forzado*

El primer caso en el que la Corte IDH imputó responsabilidad internacional a un Estado por hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno fue el de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, en el cual se presentaron argumentos decisivos que sostienen aún la posición de la Corte sobre hechos constitutivos de desplazamiento forzado. En este caso, la Corte falló los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado, cuando se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana en cuyo desarrollo agentes del Estado y sus colaboradores dieron muerte a varios miembros de la comunidad, al tiempo que quemaron y destruyeron sus propiedades, forzando así a algunos sobrevivientes a desplazarse internamente.²¹ A partir de lo expuesto, el tribunal interamericano enfocó la responsabilidad del Estado por el desplazamiento de las víctimas del caso, considerando que había tenido lugar la violación del artículo 22 de la CADH —el cual, como se mencionó, consagra el derecho de circulación y residencia—, en relación con el artículo 1.1, que dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la CADH.

²⁰ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 21.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El tribunal estableció que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, y señaló que para el caso en alusión eran relevantes los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, que ilustran el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en el contexto de desplazamiento. Sobre esa base, la Corte IDH expresó que el Estado demandado no había establecido las condiciones ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad regresaran voluntariamente a sus tierras, en forma segura y con dignidad.

2.4.2. Colombia frente al sistema interamericano: conflicto armado interno y desplazamiento forzado

A partir del precedente referido, en otros casos la Corte IDH se ha pronunciado sobre el desplazamiento forzado, siendo Colombia el Estado demandado. Entre ellos destacan el caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia* y el caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*.²²

En el primero, los hechos aluden a una masacre perpetrada en Mapiripán, Meta, municipio en el cual los días 15 y 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de grupos paramilitares, con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron por lo menos a 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare. La Corte IDH consideró probado que, si bien los hechos fueron cometidos por grupos privados de autodefensas, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin sucesivas acciones y omisiones de varios miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, y este hecho sirvió de base para imputar la responsabilidad internacional de Colombia por la masacre y sus consecuencias.²³

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Se señala, igualmente, que en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, aun cuando los representantes de las víctimas alegaron la presunta violación del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el desplazamiento de habitantes del lugar de la masacre, la Corte consideró que ello no había sido alegado en el momento procesal adecuado, por lo cual no se pronunció respecto de la presunta violación de este artículo. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de *Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas, en Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 30.

²³ En este punto es relevante tener en cuenta que la Corte consideró que, en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en este caso, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intención, como tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. De esta manera,

ALEJANDRO APONTE CARDONA

De otro lado, en razón de que la masacre produjo, a su vez, el desplazamiento de familias enteras, la Corte IDH analizó esta cuestión a partir del artículo 22.1 de la CADH, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1. En este sentido, la Corte volvió a señalar, como lo había hecho en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, para luego invocar, de nuevo, la relevancia que en casos de desplazamiento forzado interno tiene el contenido de los Principios Rectores de Desplazamiento Forzado Interno, útiles al ilustrar la interpretación y el alcance del artículo 22 de la CADH.

De otra parte, la referida corporación estableció que el desplazamiento ocurrido a causa de la masacre de Mapiripán debía ser analizado en el contexto particular del conflicto armado interno colombiano. Ante esto, se erigió un nuevo elemento de análisis, que adelantó la Corte IDH en este caso, en cuanto al tratamiento dado al desplazamiento forzado en Colombia por este órgano, al establecer que las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 resultan especialmente útiles para la aplicación de la CADH en el conflicto armado interno colombiano.

De esta forma, la Corte IDH introdujo el DIH como un elemento de interpretación de la CADH en materia de desplazamiento. En esta dirección y a partir del desplazamiento, se puede también, en función del presente trabajo, observar los argumentos del sistema interamericano respecto de violaciones al DIH que han tenido lugar, paradójicamente, en países que han firmado un pacto o convención propia para Estados que apoyan sus instituciones, en principio, sobre la base de la paz —no lograda, empero— como condición de validez de las normas jurídicas.²⁴

En concordancia con lo anterior, la Corte IDH manifestó que el desplazamiento forzado interno de los familiares de las víctimas de la masacre no podía ser desvinculado de otras violaciones a los derechos humanos declaradas en la sentencia: la agresión a su integridad personal, la falta al deber estatal de investigar los hechos y la violación del

para la Corte Interamericana es suficiente demostrar que existió apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la comisión de los hechos que constituyeron la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, o que existió omisión en su comportamiento. A su vez, esa responsabilidad internacional puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, en este caso los paramilitares; lo expresado, con base en la existencia de deberes de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del DIH. La atribución de responsabilidad penal es un ejercicio más estricto, tal como se ha dicho, sobre todo porque está proscrita la responsabilidad objetiva y porque, de hecho, se trata de responsabilidad estrictamente individual.

²⁴ Para un análisis sobre cómo el sistema interamericano, especialmente la Comisión Interamericana, a partir de la noción de vida y dignidad desglosa el derecho internacional humanitario e impone su respeto, a pesar de que la Convención Americana no contiene normas humanitarias propiamente dichas, véase el texto ya reseñado de Alejandro Aponte (cit. nota 1), pp. 125-170.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

artículo 19 de la CADH, por la desprotección a la que fueron sometidos quienes eran niños y niñas al momento de ser desplazados. Igualmente, para la Corte los familiares de las víctimas vieron vulnerado su derecho a una vida digna. Con base en estos elementos de juicio, mediante una interpretación en perspectiva del artículo 22 de la CADH, tomando en cuenta las normas de interpretación señaladas y de conformidad con el artículo 29.b de la misma convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, la Corte consideró que el artículo 22.1 de la CADH protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte. En consecuencia, condenó a Colombia por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, con la consiguiente obligación de reparar a las víctimas.

De otro lado, en este caso, la Corte IDH también consideró que el Estado era responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, los cuales consagran los derechos a las garantías judiciales y protección judicial. El análisis efectuado por la Corte sobre esta cuestión es fundamental al comprender la forma como confluyen en la práctica para los operadores jurídicos los diferentes ámbitos de protección de los derechos humanos, toda vez que, de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte IDH,

[...] las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (*supra* § 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. En consecuencia, el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas del presente caso.²⁵

Nótese cómo el incumplimiento del deber del Estado de impulsar las investigaciones judiciales que en el ámbito interno está obligado a llevar a cabo cuando hay vulneración de derechos humanos está íntimamente relacionado con la persistencia de la violación de dichos derechos. Sobre esta cuestión la Corte IDH recordó:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas, § 241.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con los violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.²⁶

La Corte IDH, además, estableció la necesidad de vigilar el cumplimiento de sus providencias. El tema penal es especialmente crítico en este sentido y ha dado pie para innumerables confrontaciones entre los Estados y el sistema: ¿hasta dónde se cumple o incumple con la obligación de investigar y juzgar hechos constitutivos de desplazamiento? En cualquier caso, la Corte, en materia de supervisión del cumplimiento de la sentencia proferida en el caso de la Masacre de Mapiripán, adujo:

[...] la Comisión manifestó que si bien la obligación de investigar y sancionar los hechos debe desarrollarse en el marco del sistema penal del Estado, esto no excluye ni limita las facultades de la Corte para analizar si ello resulta adecuado y eficaz para resolver la situación del presente caso.²⁷

Dichas facultades de la Corte IDH para analizar si las investigaciones penales han sido las adecuadas deben respetar los límites propios del sistema penal.²⁸ Esta apreciación es relevante, puesto que es en estos análisis donde se pueden presentar las confusiones en la práctica de las reglas propias de los diferentes ámbitos de protección de derechos humanos. Más aun cuando, según la propia Corte IDH, en materia de desplazamiento forzado, las investigaciones y sanciones penales tienen incidencia en las posibilidades de retorno de los habitantes de Mapiripán desplazados.²⁹ Pero, como es obvio, para que

²⁶ *Ibidem*, § 211.

²⁷ *Ibidem*, § 22.

²⁸ Debe advertirse que, desde el punto de vista penal, este caso, en el cual estuvieron involucrados un general del Ejército y diversos militares de muy alto rango, es un caso tipo sobre cómo hoy en el país la tendencia frente a la responsabilidad del superior jerárquico es sancionar, con base en la omisión impropia, la posición de garante y el tipo omisivo culposo, a los militares implicados, transformando la omisión en acción. La sentencia con base en la cual está condenado actualmente el general Uscátegui es por coautor por acción. Véase al respecto la sentencia del 23 de noviembre de 2009, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, radicado n.º 1100107040092004011401.

²⁹ *Ibidem*, § 58.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

haya efectivamente condiciones de retorno propicias deben trabajar todas las agencias estatales; el papel del derecho penal puede ser simbólicamente importante, pero la verdadera seguridad y protección de las personas pasa por la devolución de tierras, por una política agraria auténtica, etcétera.

En este sentido, es importante y necesario apoyar, en el caso colombiano, las intenciones del nuevo gobierno, que se concretan en devoluciones sumarias de tierras y, sobre todo, en la Ley de Tierras presentada al Congreso en el mes de septiembre de 2010. (Debe advertirse, no obstante, que se trata de un proceso a “sangre y fuego”, es decir, el gobierno, de manera valiente sin duda, en cabeza de un ministro de Agricultura comprometido, ha llevado adelante procesos de restitución de tierras. Pero esto ha sido adelantado al mismo tiempo en que se asesina cobardemente a líderes campesinos que luchan por la devolución de sus tierras. De hecho, al momento de cerrar el presente trabajo, el 24 de marzo de 2011, fue asesinado un nuevo líder campesino. Acciones en lógica transicional, propias de posconflicto, deben tener lugar en plena guerra. Ese es el drama de Colombia y ello condiciona cualquier especulación teórica sobre estos temas.)

El segundo caso reseñado, el de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, alude a dos masacres perpetradas en los corregimientos La Granja y El Aro, en el municipio de Ituango, departamento de Antioquia, en junio de 1996 (masacre en La Granja) y noviembre y octubre de 1997 (masacre en El Aro), donde varios sujetos paramilitares, luego de dar muerte a numerosos habitantes, robaron el ganado de las víctimas e incendiaron los pueblos. La base para imputar la responsabilidad internacional en esta ocasión recayó en el hecho de que las masacres fueron efectuadas debido a varias acciones y omisiones de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas. De otro lado, las masacres, junto al amedrentamiento por paramilitares y los daños sufridos, provocaron el desplazamiento interno de familias enteras.

La Corte IDH consideró que Colombia había violado el artículo 22 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, por el desplazamiento forzado producido. Ello en razón a que, de acuerdo con el tribunal, el derecho de circulación y residencia constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; en concordancia, la Corte realizó una interpretación también en perspectiva del artículo 22 de la CADH, y señaló que este protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte. La Corte IDH también indicó que los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno resultaban relevantes al definir el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en contextos de desplazamiento interno. En consecuencia, la Corte IDH

ALEJANDRO APONTE CARDONA

enfaticó de nuevo, en este caso, el hecho de que el desplazamiento producido se enmarcaba en una situación generalizada de desplazamiento forzado interno que afecta a Colombia y que es causada por el conflicto armado. Por tal motivo, volvió a enfocar esta problemática a la luz no solo del derecho internacional de los derechos humanos, sino también del DIH.

En igual sentido, observó que el desplazamiento forzado interno de las víctimas no podía ser desvinculado de las demás violaciones declaradas en la sentencia. En este orden de ideas, expresó que las circunstancias del caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que padecían las víctimas incluían, pero a la vez trascendían, el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la CADH.

En efecto, la Corte IDH consideró que el desplazamiento tuvo origen en la desprotección sufrida durante las masacres, no solo a raíz de las violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, sino también por la destrucción del ganado y las viviendas, lo que violaba los derechos a la propiedad privada y al domicilio; todos estos objeto de imputación de responsabilidad internacional al Estado colombiano. Finalmente, el conjunto de los derechos vulnerados llevó al Tribunal a considerar que, más allá del contenido normativo del artículo 22 de la CADH, la situación de desplazamiento analizada también había afectado el derecho de las víctimas y sus familiares a una vida digna, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en la CADH. Por último, este análisis finalizó en la condena al Estado colombiano a reparar los perjuicios ocasionados a las víctimas desplazadas en cuanto a daños materiales, inmateriales y otras formas de reparación.

En este caso la Corte IDH también encontró “que los procesos y procedimientos internos no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones”, por lo que el Estado colombiano había violado los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1.³⁰ Así, como ocurrió también en el caso de la *Masacre de Mapiripán*, se puede ver cómo las investigaciones judiciales, particularmente las penales, están íntimamente relacionadas con la vulneración de otros derechos humanos contenidos en la CADH.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 344.

3 • Alcances y límites de la sanción penal del desplazamiento forzado como crimen internacional

Una vez estudiado el desarrollo que en el sistema interamericano ha tenido la sanción a los Estados, en virtud de hechos propios de desplazamiento forzado que comprometen a funcionarios estatales, se adelantará a continuación el estudio de un documento producido por la Fiscalía General de la Nación de Colombia, en el cual se retoman decisiones comentadas de la Corte IDH, con el propósito de darles solidez a los argumentos que subyacen a estrategias de investigación del delito de desplazamiento forzado en el Estado mencionado. Con el estudio de este documento oficial se ilustrarán, además, la tensión y la confusión que tienen lugar en el uso indiscriminado y sin matices de los diversos ámbitos de protección de derechos humanos, así como las graves consecuencias que trae ello para el derecho penal. Empero, con su estudio también se ilustrarán algunos avances cualitativos muy importantes para la investigación y sanción del delito.

3.1. De la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario

Antes de estudiar el documento reseñado, es importante analizar aspectos relacionados con el trípede enunciado al inicio del presente texto, así como con la confusión entre ámbitos de protección y promoción de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Lo primero que es necesario resaltar es que, en el caso concreto de Colombia, en diversas discusiones legislativas, para retrotraer la discusión a sus orígenes, el lenguaje del derecho penal —en relación, entre otros, con el bien jurídico a proteger— ha sido sustituido por el lenguaje de los derechos humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los derechos humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de esa confusión, ámbitos distintos de protección de los derechos humanos están siendo utilizados de forma indiferente y entremezclada.

Por ello, cuando el lenguaje de los derechos humanos se apropia del lenguaje penal, el sistema judicial penal se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, que lo exceden, que lo sobrepasan. Al contrario, ni siquiera en nombre de las víctimas

ALEJANDRO APONTE CARDONA

le corresponde al derecho penal dar respuesta a la totalidad de las causas que subyacen a masivas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que han sido perpetradas durante décadas en diversos países. Se trata, como es obvio, de un tema que compromete todas las agencias estatales y que exige respuestas desde los más diferentes ámbitos normativos. Por eso, en nombre de la justicia transicional no se puede expandir ilimitadamente el derecho penal y exigir a los jueces penales que sustituyan agencias que deben impulsar mecanismos de justicia transicional que no son penales. La reparación, fórmulas de no repetición y, por supuesto, formas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) exceden el ámbito penal y hoy, en el proceso especial de Justicia y Paz, por ejemplo, a la Fiscalía y a los jueces se los carga con responsabilidades que no corresponden, y estos últimos, sobre todo, tienden a responder mezclando y confundiendo los ámbitos de protección señalados.³¹

Por tanto, se hace necesario diferenciar muy bien cuándo una conducta constituye una violación de los derechos humanos y cuándo esa misma conducta constituye un delito. Por ejemplo, el aborto es un delito y no una violación de derechos humanos; en cambio, una desaparición forzada tiene la doble condición de ser tanto delito como violación de derechos humanos. De igual forma, podría decirse que un crimen internacional es aquella conducta que constituye simultáneamente una violación de derechos humanos y un delito; por ejemplo, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada o la tortura. (Esta, no obstante, según las circunstancias, puede ser un delito ordinario.) También una conducta que en principio constituye solamente un delito puede adquirir la condición de violación de derechos humanos, de acuerdo con el contexto; así, por ejemplo, un aborto o acciones de inseminación artificial pueden ser parte de un genocidio, si son adelantadas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo étnico, religioso, etcétera. Pero en principio solo constituyen delitos.

Para ahondar en ello con otro ejemplo, la violación, como agresión sexual, es una conducta que no constituye por sí misma una violación de derechos humanos ni un crimen internacional. Sin embargo, si esa agresión sexual tiene lugar en un escenario de conflicto armado interno o internacional, en el que una mujer ha sido violada a manera de represalia contra enemigos o, en todo caso, por agredirla no solo a ella sino también

³¹ Para ahondar en este tema especialmente complejo, se permite el autor la cita al siguiente texto que fue elaborado a partir de un seguimiento permanente e *in situ* de las audiencias que componen el proceso especial al cual se ha hecho referencia: Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia): *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcance y límites de un proceso concebido en clave transicional*, Monográfico n.º 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, marzo de 2011.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a su comunidad en medio de ese conflicto, esa acción constituye una violación al DIH, un delito tipificado como tal en la legislación penal y, a su vez, un crimen internacional. Por eso la delimitación de los contextos es una tarea tan importante en el proceso de imputación de las conductas: lo decisivo para establecer cuándo una conducta concebida como delito puede constituir una violación de derechos humanos es el contexto en el cual los hechos tienen lugar. No se trata de la gravedad del delito. Esta es otra confusión: un crimen pasional, por ejemplo, puede ser cometido con sevicia y, sin embargo, no constituye un crimen internacional. No es, se repite, la gravedad del delito lo que lo convierte en crimen internacional.

Además, lo importante frente a este tipo de conductas es que ellas generan reacciones que deben estar diferenciadas. Por ejemplo, las violaciones de derechos humanos generan una respuesta de sistemas de protección como el sistema europeo o interamericano, en que se sanciona a los Estados. A su vez, esta misma conducta, en razón de que ha sido adelantada por sujetos concretos, genera respuestas en el ámbito interno; en la esfera constitucional, para citar un caso, se exigirá de las instituciones estatales auténticas políticas públicas de protección a las víctimas y de prevención de la comisión de más conductas lesivas; desde el punto de vista penal, se exigirá la respuesta del sistema penal en cuanto a la investigación y sanción de la conducta de individuos particulares, aun cuando, por supuesto, el punto de partida sea la macrocriminalidad. Pero esta respuesta, que es penal, no puede sustituir las respuestas de las demás instituciones estatales: debe preservar sus principios y no puede ser sustituida en la práctica por categorías, conceptos y lógicas desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos. Es, ante todo, una respuesta penal. (También, desde luego, se puede generar eventualmente una respuesta de la Corte Penal Internacional, tema que no nos ocupa ahora.)

3.2. Los peligros de la disfunción en la investigación y el juzgamiento de un crimen internacional

Tal como se ha dicho, un ejemplo concreto de cómo funciona el trípode enunciado desde la presentación y de cómo se mezclan no siempre consistentemente ámbitos diversos de protección de derechos humanos está expresado en el Memorando 0035 de la Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, del 28 de abril del 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

El autor del presente escrito ha participado activamente, como consultor y profesor, de la discusión que dentro de la Fiscalía y del sistema judicial ha tenido lugar alrededor del delito que se estudia, y, de hecho, la primera conclusión que en su momento fue posible elaborar, en el contexto de la IV reunión del Grupo de Estudios, fue que una de las razones del enorme déficit de persecución del delito de desplazamiento en el caso colombiano ha sido el hecho de que el sistema judicial llega o llegaba en ese momento (hasta el año 2007) a investigar y juzgar aquellos delitos que subyacen al desplazamiento, como son los homicidios, las lesiones, amenazas y toda clase de crímenes cometidos, por ejemplo, por actores armados irregulares. Se trata de lo que en su momento llamamos *delitos base*.³² Sin embargo, no se investigaba el resultado final como tal, que es el desplazamiento forzado o arbitrario de cientos de personas.

Cuando se trata de casos menos complejos, aunque igual de dramáticos, de desplazamientos producidos con dolo directo y respecto de personas en concreto, el sistema judicial ha operado con mayor consistencia; pero, en caso de acciones indirectas, ocurridas como resultado de delitos base y que deben ser imputadas a título de dolo eventual, el sistema ha tenido muchas dificultades. Entre ellas cabe anotar, además, el hecho de que se trata, en estos casos particularmente, de *víctimas* sin *victimarios* o sin sujetos activos: se produce en un lugar específico una acción sobre una población —se adelanta, por ejemplo, una masacre por hombres armados y con los rostros cubiertos, invisibles, sin asistencia o presencia alguna de la fuerza pública, y luego, en los días o semanas siguientes, se producen éxodos de poblaciones enteras.

En ese contexto, es difícil establecer la conexión directa entre los actores que produjeron dicho cambio de residencia, forzado y arbitrario, y las víctimas que, además, comienzan a dispersarse, abandonadas a su suerte. Por esa razón hay que señalar, igualmente, que en estos casos la forma de imputación más apropiada y consistente con el contexto social en que se produce el desplazamiento es la fórmula de autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, respecto de agentes y superiores jerárquicos que operaron u operan en una zona determinada y a título de dolo eventual. (Sobre estos aspectos se volverá más adelante.)³³

³² Véase al respecto Alejandro Aponte: "Colombia", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, marzo de 2008, pp. 173 ss.

³³ Para un análisis en detalle de aspectos penales especialmente problemáticos para la investigación y el juzgamiento del desplazamiento forzado en el caso colombiano, véase Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico n.º 1, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, 2009.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En razón del enorme déficit de persecución penal del delito, el juez constitucional colombiano, mediante el auto de seguimiento de sentencias dictadas con anterioridad sobre el desplazamiento forzado, n.º 008 de 2009, en el numeral 13 ordenó a dichas instituciones, entre otras múltiples acciones, que el “delito fuese investigado como delito autónomo”, resaltando el hecho de que no se investigue dependiendo necesariamente de la “existencia de concurso con otras conductas delictivas”.³⁴

Se trataba, de hecho, de una conclusión elemental y de la necesidad de desarrollar una estrategia coherente de persecución. Ello, no obstante el hecho de que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y diversos jueces especializados venían en todo caso desarrollando pautas interesantes y consistentes de investigación y juzgamiento del delito.

3.3. Sistema interamericano de derechos humanos y derecho penal interno: hacia una comunicación consistente entre ámbitos de protección de derechos humanos

Ahora bien, interesa en este momento reseñar aspectos centrales del memorando citado, con el propósito de ilustrar, en el contexto de un trabajo sobre el sistema interamericano, cuestiones fundamentales sobre la relación entre este sistema y el derecho penal interno. Así, por ejemplo, como se ha advertido, fue el juez constitucional, en el contexto de la protección constitucional de derechos humanos —especialmente activo en el caso colombiano—, el que instó radicalmente al sistema judicial colombiano a desarrollar estrategias coherentes de persecución del delito. Luego, como respuesta a ello, en el punto número 1 del memorando comentado se describe la conducta, tal como ella ha sido percibida, “en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario”.³⁵

³⁴ Debe anotarse que ya el juez constitucional, en auto previo, n.º 092 de 2008, y en el contexto de las decenas de agresiones sexuales cometidas en el marco del conflicto armado interno de Colombia y respecto de las cuales son más vulnerables las mujeres desplazadas, había llamado la atención sobre la necesidad de elaborar una estructura más consistente de investigación del delito, que tuviera en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas del desplazamiento y su revictimización permanente. Lo propio ocurrió en el auto n.º 237 de 2009 de la misma Corte Constitucional. Ha existido en el país un activismo constitucional enorme respecto de este grave problema.

³⁵ Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, Memorando n.º 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 1.

3.3.1. *Preservación de las decisiones jurídico-penales en la lógica interna del derecho penal*

El análisis de la Fiscalía enfatiza de entrada el carácter de crimen internacional del delito, pero no comienza con un análisis penal de este, sino en su versión de violación de derechos humanos. Enseguida el documento hace relación a los Principios Rectores de los Desplazamientos Forzados Internos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del mes de febrero de 1998. Más adelante, unido a la reseña de los Principios, el memorando cita decisiones del juez constitucional que los ordenan y les dan sentido, para que sean aplicados por las diversas instituciones en desarrollo de políticas públicas.

Con posterioridad, el memorando hace relación a las normas del derecho penal colombiano que regulan el fenómeno y, con acierto, establece el carácter de ejecución permanente que tiene dicho delito, en su doble condición: como delito concebido más en el horizonte de la lesa humanidad (artículo 180 del Código Penal colombiano) y como infracción al DIH, contenido en el artículo 154 del Código Penal. Se citan las normas correspondientes:

Artículo 180. Corregido por el Decreto 2667 de 2001, artículo 1°. Desplazamiento forzado. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Por su parte, el artículo 154 concibe el desplazamiento como crimen de guerra (infracción al DIH). Dice la norma:

Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En este punto, la Fiscalía adelanta un giro interesante: una vez que ha establecido el carácter de ejecución permanente del delito, para llenar de contenido y explicar este carácter, en vez de acudir a la dogmática penal, donde está la respuesta sobre ello, acude directamente a la doctrina elaborada por el sistema interamericano, con el argumento de que ella tiene “efectos vinculantes en el derecho interno (sentencia C-010 de 2000)”, todo ello con el propósito de determinar el “tiempo de ejecución de la conducta” y el “momento en el cual cesa de ejecutarse la conducta”.³⁶

A nuestro juicio, si bien dicha apelación a principios rectores y a la jurisprudencia del sistema interamericano es conducente en abstracto, no es consistente sustituir supuestos dogmáticos por argumentos de sistemas de protección constitucional o del sistema interamericano de derechos humanos. Es decir, estos son muy relevantes para llenar de contenido elementos normativos o elementos intrínsecos de la estructura de los tipos penales, pero no para sustituir de entrada supuestos dogmáticos. No se puede utilizar en derecho penal el denominado *bloqueo de constitucionalidad* para sustituir el lenguaje penal por el de los derechos humanos, mal interpretado este último también. Se debe utilizar, como se ha dicho, para llenar de contenido elementos normativos de los tipos penales, para llenar de contenido incluso supuestos sociológicos que subyacen a la conducta, pero no se debe sustituir la discusión dogmática intrasistémica.

¿Qué pasaría por ejemplo si el carácter que tiene un delito fuera concebido en el sistema interamericano de manera diferente a como lo concibe la dogmática jurídico-penal? En el caso del desplazamiento, coincide, pero ¿qué ocurriría si no hubiera coincidencia? Más problemático aún: ¿Qué ocurriría, como de hecho ocurre, si en la jurisprudencia de derechos humanos —más flexible por naturaleza— se flexibilizan principios de derecho penal? Debe entonces un juez penal de derecho interno asumir esta flexibilización? La respuesta, por lo menos desde el ámbito penal, es que no lo puede hacer y no se puede forzar al juez a hacerlo, como está sucediendo peligrosamente en Colombia.

Para ahondar en la reflexión, debe aclararse que es muy relevante el desarrollo que ha hecho la Corte Constitucional sobre qué es un desplazado, cómo se debe proteger, qué se requiere para demostrar esa condición, pues con ello se llena de contenido y se da sentido a diversos ámbitos temporales y fácticos para determinar cuándo una persona sigue siendo desplazada y, por ende, los tiempos en que el bien jurídico sigue siendo vulnerado. Esa es la correcta confluencia de ámbitos de protección diferentes.

³⁶ Ibídem, p. 4.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

De allí, a partir de conceptos elaborados por el constitucionalismo, se da contenido a fórmulas dogmáticas, como el posible concurso material heterogéneo y sucesivo ocurrido en el tiempo, o la participación de cómplices, una vez que se ha consumado el delito pero se sigue ejecutando en el tiempo, etcétera. El constitucionalismo obra así como apoyo a la dogmática, no como sustituto coyuntural de esta; la jurisprudencia constitucional le da sentido, en su carácter restrictivo y de *ultima ratio* al derecho penal, pero no sustituye la lógica interna del derecho penal mismo, ampliándolo y exacerbándolo. Por ello tienen mucho sentido preguntas que se hacen hoy quienes de hecho operan a diario con postulados del sistema interamericano y que toman distancia frente a su impacto en la dinámica constitucional-penal. Así, por ejemplo, se interroga una autora al cuestionar las “Nuevas dinámicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Hacia una desconstitucionalización del derecho penal?”.³⁷

Para citar otro ejemplo: si el artículo 135 del Código Penal colombiano hace referencia al homicidio en persona protegida, el DIH debe ser utilizado para llenar de contenido la noción de conflicto armado interno, de persona protegida, etcétera. Así, se llenan de contenido los elementos normativos de carácter jurídico del tipo penal, pero la imputación final debe conservarse en los límites del derecho penal. Lo que no puede hacerse, tal como se verá, es deducir *ad-hoc*, a partir —para citar un caso— del homicidio simple, un homicidio en persona protegida, utilizando normas del DIH, incluso si estas normas se encuentran vigentes como instrumentos de acotación de la guerra en el propio derecho interno, y menos si solo lo están en el derecho internacional.

Se puede discutir este argumento, diciendo que habría una contradicción enorme en el hecho de que, mientras existen normas humanitarias, incorporadas al derecho interno a través de la incorporación de instrumentos internacionales y que buscan la preservación de los mínimos en la guerra, cuando se presenta la violación de esas normas no existen las normas penales para castigarla. Pero ello no es necesariamente así, pues con seriedad y voluntad política un sistema judicial aplica las normas que tiene a su alcance, sin echar mano de argumentos fortuitos para imputar normas inexistentes. La discusión se debe dar más en el escenario político, donde tienen lugar las reformas legislativas de los códigos penales: los jueces no pueden ser forzados a aplicar normas que no han sido incorporadas a la legislación penal o que no lo estaban en el momento de los hechos.³⁸

³⁷ Título del trabajo de Claudia Redondo Polo publicado en Juana Acosta y Álvaro Amaya (comps.): *Debate interamericano*, volumen 2, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009, pp. 39-71.

³⁸ Este es el enorme error que comete la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en auto del 12 de diciembre de 2010, con radicado n.º 33039 en el marco de Justicia y Paz, el que autoriza a que se aplique

3.3.2. *Derechos humanos contra derecho penal: la supuesta “excepción de la favorabilidad” en materia penal*

Por usos errados de diversas normatividades se cometen graves equívocos, en los que el argumento del derecho internacional de los derechos humanos parece excusar la violación de principios penales o, por lo menos, la supuesta “excepción” a esos principios. Por ejemplo, en el punto 2.4 del memorando se hace referencia al problema complejo de aplicar las normas vigentes para imputar un delito de ejecución permanente con la supuesta “excepción al principio de favorabilidad”.

En primer lugar, no puede un órgano como la Fiscalía, sin más, establecer excepciones a principios como la favorabilidad, la prohibición de retroactividad, la prohibición de doble incriminación y el *in dubio pro reo*. Este es un hecho que, por ejemplo, el autor de este escrito, como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, ha discutido ampliamente con fiscales y jueces. (Sin embargo, es importante resaltar que también ha verificado cómo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, valientemente, a pesar de diversas presiones, ha mantenido la directriz del respeto incondicional al derecho penal y sus principios, en la investigación y el juzgamiento de los delitos más graves. Ello, por lo menos hasta la providencia ya reseñada de 2010 que puso en jaque la tarea de la Fiscalía.)

Se trata, además, de una conclusión que había sido severamente avalada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual había señalado con claridad, respecto de hechos ocurridos antes de la vigencia del Código Penal actual, lo siguiente: “Así, los hechos referidos en los casos [...] sucedidos antes de entrar la Ley 599 de 2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta”.³⁹ Es decir, con mucho criterio, el juez de mayor jerarquía

de manera retroactiva la ley penal para regular casos en que dicha ley no estaba vigente. Concretamente, la norma que regula el homicidio en persona protegida. Se trata de un argumento innecesario y peligroso que, al contrario de lo que hacen los fiscales y la mayoría de jueces, hoy parece tomar curso en la Sala Penal. Existen normas que estaban vigentes en el momento de los hechos, severas también, que pueden dar cuenta de lo que sucedió. En este caso, el juez de mayor jerarquía no adelanta ningún estudio de las fuentes en derecho penal internacional, y reduce —casi al absurdo— todo un entramado de normas y conceptos al universo etéreo del *ius cogens*, haciendo ininteligibles los argumentos y llenado de falacias la parte motiva de la providencia. Se entienden el sentido humanista que guía a la Corte, de castigar a asesinos despiadados, y por eso la Sala aclara que el irrespeto a la legalidad sería apenas una excepción para estos casos de graves violaciones de derechos humanos, pero en la práctica lo excepcional se va expandiendo en la mera decisión política y se convierte en la regla. Basta comprobar, por ejemplo, la expansión hoy ilimitada de la noción de *lesa humanidad*.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, proceso con radicado n.º 33301, consideraciones-numeral 2, MP: Alfredo Gómez Quintero.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

establecía claramente el hecho de que se deben aplicar las normas vigentes al momento de la comisión de la conducta; incluso si, justo como es este caso reseñado, los hechos constituyeron hechos propios de un homicidio en persona protegida. Como se verá, el efecto simbólico de la norma penal no estriba en la violación de los principios, sino en la fortaleza de los argumentos prohijados en la parte motiva de una providencia.⁴⁰ (Es de esperarse que la Sala Penal retome el camino que había sostenido férreamente en diversas providencias.)

En segundo lugar, esta conclusión inaceptable tiene lugar por el hecho de que se confunde una discusión sobre la aplicación de las leyes en el tiempo, en un delito de ejecución permanente, con temas de favorabilidad, que no son del caso. La Fiscalía, en el memorando, adelanta una reflexión en la cual mezcla estas dos cuestiones centrales y tiende a sustituir la discusión sobre normas aplicables en el tiempo por cuestiones atinentes a la favorabilidad, y, como se topa con el hecho de que numerosos casos propios del desplazamiento forzado ocurrieron antes de la vigencia de las normas que hoy lo rigen, hace malabares para justificar eventualmente la aplicación retroactiva de los tipos penales, por lo que llega a conclusiones antitécnicas, sin fundamento e inaceptables. Así, por ejemplo, manifiesta:

El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a los principios de legalidad y de retroactividad, los restringe al “derecho aplicable”, con lo cual, en el derecho aplicable se encuentran las conductas consideradas delictivas no solo por el derecho nacional, sino por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

La conclusión expuesta es reforzada por la Fiscalía con esta otra, más deleznable:

Pertinente es recordar que los principios de legalidad y favorabilidad no pueden alegarse si en el derecho internacional el crimen está reconocido como tal, pese a que no esté previsto en la legislación interna.⁴¹

⁴⁰ Sobre la discusión acerca de la legalidad, y sobre las diferentes formas de imputación de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales, en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, véase Alejandro Aponte (director del Área de Justicia): *Segundo informe del Área*, Observatorio Internacional de DDR y la Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, noviembre de 2009, pp. 19-87.

⁴¹ Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, memorando 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 7.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

No se pueden aceptar estas conclusiones, toda vez que estas no son derecho penal. Se podrá pensar en un nombre para ello —por ejemplo, una especie de *derecho híbrido* o *derecho anfíbio*—, pero no se trata de derecho penal.

3.3.3. *Sustitución ad hoc del derecho penal por el derecho de los derechos humanos: una operación inconsecuente*

Así, en este memorando (lo cual no significa que la Fiscalía lo siga en este asunto necesariamente), dicha institución sustituye directamente normas penales por normas del derecho de los derechos humanos. No obstante, por antitécnico que parezca, esta es, lastimosamente para el derecho penal, una operación con adeptos, hoy impulsada también por agencias internacionales que presionan al sistema judicial colombiano y por organizaciones nacionales, según la cual es dable deducir *ad-hoc* tipos penales, inexistentes al momento de la comisión de ciertas conductas, de normas propias del derecho internacional de los derechos humanos o, como bien se dice aquí, del derecho internacional humanitario. Es una operación no solo peligrosa sino también innecesaria, que demuestra la confusión y la mezcla de ámbitos de protección diferentes. Y es innecesaria, sobre todo por el hecho de que, tal como lo viene haciendo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, por ejemplo, así como todo el sistema judicial, el peso del mensaje contra quienes violan derechos humanos y el peso de la prevención general, si se quiere o se apuesta por ella en estos casos, no radica en la contundencia supuesta de sentencias penales sin supuestos ni principios penales, sino en la argumentación: la fuerza de la decisión no estriba en la parte resolutive, contradictoria, mal fundada y arrogante, sino en la argumentación o en la parte motiva, en la cual se dice exactamente qué ocurrió y sus consecuencias, de forma técnica y clara.

Así, y tal como lo dice en algún punto el mismo memorando (que parece contradecirse), a casos anteriores a la vigencia de las normas aplicables y respecto de los cuales haya cesado la violación al bien jurídico tutelado, se debe aplicar la norma sobre constreñimiento ilegal y enfatizar muy bien en la parte motiva de una decisión que se trató de casos auténticos de desplazamiento forzado, con todo lo que ello significa. Al contrario, el memorando se enreda y llega a conclusiones que hoy parecen normales. Por ejemplo, la supuesta imprescriptibilidad de delitos más graves, a contrapelo de férreas disposiciones legales y constitucionales que no coinciden con este presupuesto y que deben prevalecer en el orden interno.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Pero se trata de una tendencia, como se dice, que hoy se manifiesta de todas las formas, entre ellas y especialmente, en la conversión artificial para evadir temas de prescripción de toda suerte de delitos, en delitos de lesa humanidad. Estamos *ad portas* de que todo el Código Penal colombiano se convierta en un solo delito de lesa humanidad. En este sentido, un punto culminante de esta tendencia en Colombia, en el año 2010, ha sido el desarrollo de una tendencia moralista de cierto funcionario, quien, cercado por demonios que arrecian almas intransigentes y autoritarias, ha dicho que el aborto es un delito de lesa humanidad. Se trata de cómo la mera objeción de conciencia individual se convierte, por la fuerza del poder, en una hipostasiada y falsa objeción de conciencia colectiva; en este caso, el discurso de los derechos humanos y todo el desarrollo de los derechos humanos, que de manera loable han desarrollado, entre otros, el sistema interamericano o tribunales internacionales, se usa como instrumento de persecución política y moral. En este contexto, en nombre de los derechos humanos, son criminalizados sujetos con quienes no se comparten premisas morales. Y los ejemplos se multiplican.

3.4. Avance importante en la investigación del desplazamiento como delito autónomo

Contrastan estas conclusiones innecesarias del memorando con un esfuerzo interesante que se hace en él por desarrollar estrategias coherentes para investigar estos delitos de manera autónoma. Por ejemplo, con mucha claridad se reconoce en el documento la necesidad de “investigar las demás conductas que lo generaron”, con el propósito de construir auténticos contextos en los cuales tiene lugar la acción final del desplazamiento. De igual manera, acierta el memorando en la separación correcta y en la búsqueda por aclarar cuándo tiene lugar uno u otro delito, en la división de este, en los tipos penales en el caso colombiano, tanto en el horizonte de los crímenes de lesa humanidad como en el de los crímenes de guerra. En este caso, el documento avanza con una reconstrucción —esta sí consistente y oportuna— de jurisprudencia y normativa internacional, para dar claridad sobre cuándo puede tener lugar la ejecución del delito en cada una de las dos versiones. También avanza en el desarrollo interesante, citando por ejemplo autores como Kai Ambos, de fórmulas de imputación de responsabilidad a los autores y cómplices del desplazamiento, y en el desarrollo de estrategias más consistentes de investigación de los delitos, al lado de “factores de asociación y conexidad”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Contrastan, se dice, estas conclusiones, además, con la práctica diaria de la misma Fiscalía, que en todo caso conserva el respeto celoso por los principios penales. Incluso, contrastan con otras conclusiones del mismo memorando y con el esfuerzo técnico por dotar a los fiscales de herramientas de investigación coherentes. Así, con el ánimo de citar un caso y ahondar en la crítica central al documento, en el mismo apartado sobre la supuesta excepción a la favorabilidad, en el memorando se confunde la expedición de amnistías groseras en países agobiados por dictaduras militares o indultos descarados de juntas militares para asegurar impunidad, con la inexistencia de normas específicas en un momento dado en el ámbito interno de un país. Así, según el documento, dichas amnistías, lo mismo que “las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación de sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁴²

Pero en Colombia no se trata de nada de esto; no se trata de juzgar amnistías e indultos, cuestión ya discutible también de hecho. Tampoco se trata de juzgar sistemas cooptados totalmente por regímenes autoritarios o sistemas colapsados por la ineptitud o cercados por la mera política. Se trata, por el contrario, de saber qué norma se aplica para hechos constitutivos de desplazamiento forzado y, sobre todo, de establecer ámbitos sociales de ocurrencia de las conductas, para verificar la permanencia de la violación al bien jurídico tutelado —la permanencia del injusto de la conducta— y establecer cuándo cesa dicha violación o cuándo continúa y se deben aplicar las normas pertinentes. Incluso el mismo memorando, de manera acertada e inteligente, establece pautas razonables para medir en el tiempo la ocurrencia del delito, así como pautas para investigarlo en el horizonte fundamental de la macrocriminalidad.

⁴² *Ibidem*.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

A MANERA DE EXCURSO: ASPECTOS PENALES FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LOS DELITOS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Aclaración

El presente trabajo, como se ha percibido, se basa en el análisis de las relaciones y confusiones entre diversos ámbitos de protección de derechos humanos, a partir de la premisa necesaria de preservar la especificidad y los límites del derecho penal. No es un trabajo propiamente dogmático-penal. No obstante, en razón de que en el Grupo de Estudios se han adelantado discusiones muy ricas sobre aspectos dogmáticos relacionados, por ejemplo, con el delito de desaparición forzada y su carácter de ejecución permanente, se ha considerado oportuno, a manera de excursu, presentar la siguiente reflexión dogmática que puede servir a operadores judiciales —y no solo respecto del desplazamiento en sí— frente a los desafíos de imputación y sanción de delitos de esta complejidad. También, desde luego, puede ser útil a la discusión dogmática y académica.

Por ello, se considera importante destacar aspectos penales relevantes para ilustrar estos delitos que conciernen a una realidad dramática en el caso colombiano, pues se dice que existen en el país alrededor de cuatro millones de desplazados. Se escogen aspectos que pueden ser de mayor importancia desde el punto de vista comparado, de modo que desde la perspectiva colombiana se indague en fenómenos de carácter más global, que involucran aspectos penales fundamentales.⁴³

1 • De los tipos penales que consagran el delito de desplazamiento forzado en Colombia

Lo primero que es necesario advertir es que fue en la ley 589 del 2000 donde se tipificó por primera vez en Colombia el delito que se estudia. Esta Ley entró a regir el 7

⁴³ Para ahondar más en el tema, y con un estudio detallado de la jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y de las diversas dificultades para imputar los delitos, así como propuestas de ámbitos sociológicos de aplicación de las normas, el autor se permite la remisión a su texto ya reseñado: Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia* (cit. nota 33).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de julio del año 2000.⁴⁴ Sin embargo, en razón de que el Código Penal, ley 599 del 2000, entró a regir el 24 de julio del 2001, se tiene que la ley 589 tuvo un tiempo de vigencia de prácticamente un año. Este periodo, tratándose de delitos de ejecución permanente, debe tenerse en cuenta incluso hoy, pues la misma Sala Penal de la Corte se ocupó en su momento de un caso en que tuvo lugar un desplazamiento forzado en el mes de abril del 2000, en vigencia de la ley 589 y antes del Código Penal. Ello le añade especial complejidad a la aplicación de la norma que consagra el delito. Para simplificar la exposición se reseña, tal como se hizo previamente, el delito en su versión actual. El Código Penal, ley 599 del 2000, contempla dos tipos penales referentes al desplazamiento forzado: el artículo 180, concebido con sus correspondientes circunstancias de agravación dentro del título III, “De los delitos que protegen la libertad individual y otras garantías”, capítulo V, “Delitos contra la autonomía personal”, y el artículo 159, como parte de los delitos que buscan proteger el DIH. Dichos artículos se refieren al desplazamiento forzado en los siguientes términos:

Artículo 180. DESPLAZAMIENTO FORZADO. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.⁴⁵

De otro lado, en el capítulo dedicado a sancionar las infracciones al DIH, se consagra el desplazamiento forzado en conflicto armado como tipo penal:

⁴⁴ Para un estudio en detalle del proceso legislativo relacionado con este y otros delitos que constituyen crímenes internacionales, el autor se remite al primer trabajo elaborado para el Grupo de estudios latinoamericano sobre derecho penal internacional: “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁴⁵ Por su parte, el artículo 181 consagra las circunstancias de agravación punitiva así: “La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte: 1. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público. 2. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada. 3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de conductas punibles o faltas disciplinarias. 4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado. 5. Cuando se sometiere a las víctimas a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Artículo 159. DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Debe aclararse, no obstante, que estos delitos, tal como se ha dicho, fueron regulados en primera instancia en la ley 589 del 2000, que adicionó en lo pertinente el Código Penal de 1980. Esta ley, del 16 de julio de ese año, tal como lo indica su artículo 18, entró a regir a partir de su publicación. El Código Penal, por su parte, entró a regir en el mes de julio del 2001, un año después de la expedición de la ley 599 del 2002, por la cual se dio vida a dicho Código. Es decir, la ley 589, que no solo incorporó el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180, sino que consagró por primera vez en Colombia la desaparición forzada o el delito de genocidio, tuvo una vigencia prácticamente de un año. Este tiempo es importante para analizar, en casos concretos, el tema relacionado con la permanencia del estado antijurídico, propio de los delitos de ejecución permanente, como lo es el delito de desplazamiento forzado. Su tenor era prácticamente el mismo, pero hay cambios importantes en la punibilidad.

1.1. Del tipo penal contenido en el artículo 180

1.1.1. *Origen de la estructura normativa del tipo penal*

Pese a que el proyecto original de la ley 589 del 2000 no contenía la tipificación de este innovador delito, su inclusión se justificó en la ponencia presentada en el primer debate del proyecto de ley ante el Senado, de la siguiente manera:

Si bien es cierto en la normatividad y la literatura universal referida a delitos de Lesa Humanidad no se considera como tales los comportamientos de masacre y desplazamiento forzado, nuestra realidad actual, el gravísimo conflicto armado que vive nuestro país, tiene que ser superior a esa normatividad internacional, y tener un peso específico tal que nos obligue a proponer como delitos de Lesa Humanidad los nuevos de masacre y desplazamiento forzado. Para justificar nuestra opinión tan solo pensemos en la ignominiosa situación de la persona desplazada contra quien se atenta en su dignidad [...] resulta verdaderamente lamentable el

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

vacío jurídico en el plano internacional sobre el fenómeno de los éxodos poblacionales que no sobrepasan las fronteras, pues solo se protegen de manera indirecta a través del derecho de los refugiados.⁴⁶

Hay que aclarar que el proceso de incorporación de este delito implicó la adaptación de la conducta a las particularidades propias del contexto colombiano, tanto en el artículo 159 como en el artículo 180. Entre las modificaciones que sufrió el tipo penal desde la disposición contenida en el proyecto original hasta el último debate se encuentra, de un lado, el cambio de la palabra *traslado* que emplea el Estatuto de Roma por la palabra *desplazamiento*,; con lo cual se adoptó el concepto jurídico, autónomo y particular creado en Colombia, en seguimiento a las políticas públicas que en un primer momento pretendieron regular el fenómeno.

1.1.2. Aplicación implícita del denominado elemento contextual en el caso colombiano

Pese a que, según la adaptación hecha por el Congreso, en la incorporación del tipo penal no se exige en el caso colombiano tener en cuenta el denominado *elemento contextual*—y por ello basta con que se desplace a un solo individuo para que se configure la conducta—, en la realidad los desplazamientos suelen ser múltiples o masivos o, cuando se da el de un individuo, el hecho tiene lugar en un contexto general de violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Además, de hecho, la escasa jurisprudencia que hoy existe en función de este delito instruye y sanciona casos de desplazamiento cuando se trata de un contexto general de violencia y no se ocupa de casos aislados. En este sentido, debe agregarse, incluso, que en la mayor parte de estos casos el delito de desplazamiento forzado se imputa en concurso material heterogéneo con el delito de concierto para delinquir. Esto ha dado pie para que el autor de este documento, en diversos escenarios internacionales, haga referencia al hecho de que el concierto para delinquir obre en la práctica casi como sucedáneo del elemento contextual: el carácter masivo, sistemático, concertado, propio de dicho elemento contextual en el derecho penal internacional parece filtrarse a través de la interpretación que nuestros operadores le han venido dando al delito de concierto para delinquir.⁴⁷

⁴⁶ Senado de la República, "Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998", en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

⁴⁷ Véase al respecto, Alejandro Aponte: "Colombia" (cit. nota 32), pp. 159-211.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

1.1.3. *Sobre el sujeto activo*

Uno de los temas más complejos e interesantes, no solo respecto del delito de desplazamiento forzado, sino de otros delitos como desaparición forzada, es el hecho de que para la legislación penal colombiana, no se exige que el sujeto activo sea calificado, es decir, no se exige que sea, por ejemplo, un funcionario estatal o que sea un actor ligado a políticas generales e institucionales de violación de derechos humanos. El sujeto activo, en el caso colombiano, puede ser cualquiera, aunque la realidad demuestra que el sujeto activo está compuesto por solo ciertos actores —llámese paramilitares, guerrillas o bandas de narcotraficantes—, quienes producen desplazamiento (ello con independencia de la participación de funcionarios estatales). En la práctica resulta complicado que un individuo, aisladamente considerado, genere u ocasione un desplazamiento masivo de personas. El autor necesita incluso una estructura de poder que lo respalde, que le permita efectivamente contar con la fuerza suficiente para ocasionar el desplazamiento masivo. Así, un temor infundado parecería descansar, precisamente, en la posibilidad real de materializar la amenaza —evento en el cual la víctima se encuentra en total desprotección, porque el desplazamiento se relaciona, generalmente, con la dominación de la población y el territorio.

1.1.4. *Del modelo descriptivo de la conducta*

De manera sencilla, siguiendo a un autor que se acerca al tema, la conducta consiste en “lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de la población mediante cualquier tipo de coacción”.⁴⁸ De ahí la consagración del tipo dentro de aquellos delitos que atentan contra la *libertad individual y otras garantías*, en su concreción como autonomía personal, pues el desplazado sufre un detrimento efectivo de su posibilidad de autodeterminarse y de elegir libremente el lugar donde desea residir y permanecer; sin embargo, la conducta punible es esencialmente pluriofensiva. Los desplazados (pese a que la conducta puede configurarse con el desplazamiento de un solo individuo, suele presentarse, como se ha dicho, de forma general, un desplazamiento sistemático y grupal de comunidades completas) son víctimas recurrentes de ultrajes contra su vida, su dignidad personal y su integridad corporal y física. De esta forma,

⁴⁸ Camilo Sampedor Arrubla: “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 742.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

más allá de la vulneración directa de su derecho a la libertad personal, o a su autonomía, hay un menoscabo evidente de sus derechos fundamentales a la familia, al domicilio, a la paz, al buen nombre. En palabras de la Corte Constitucional, todo un *estado de cosas constitucional* se configura alrededor del desplazado.⁴⁹

Es necesario mencionar, además, que se encuentra excluido de la conducta típica descrita en este tipo penal aquel desplazamiento efectuado o propiciado por la fuerza pública para proteger a los civiles. Esta excepción debe entenderse desde una política militar netamente restrictiva, que refiere a circunstancias específicas y especiales que hacen imperiosa esta residual forma de intervención; pero de ninguna manera como una forma de legalizar el desplazamiento cuando este ocurre con ocasión de las necesidades militares de las fuerzas armadas. Refuerza esta tesis la inclusión del adjetivo *arbitraria* que se adicionó tras suprimir el último inciso del artículo original del tipo penal que se comenta. Así, en el proyecto de ley se señaló: “la pena establecida en el inciso anterior se aumentará la mitad (1/2) cuando cualquiera de dichos comportamientos sea realizado por servidor público”.⁵⁰ Todo esto en virtud del IV Convenio adicional de Ginebra de 1949, relativo a la protección de la población civil, suscrito por Colombia, que autorizaba a la institución estatal correspondiente la posibilidad de permitir el traslado de dichas comunidades en razón de su seguridad o imperiosas razones militares. Ello implicaba, sin lugar a dudas, una justificación válida para ocasionar desplazamiento y, en esa medida, solo aquella determinación, amenaza, coacción o violencia realizada “arbitrariamente” estaría prohibida.

De otra parte, el verbo rector de la conducta aparece como un resultado: *ocasionar*. Se trata entonces de que se ocasione que uno o varios miembros de una población “cambie[n] de lugar de residencia”. Ahora bien, este resultado final debe ser consecuencia de una actuación “arbitraria” del sujeto activo, tal como se ha dicho, y el tipo penal refuerza este hecho constatando que puede ser “mediante violencia u otros actos coercitivos” (independientemente de que se trata de delitos, en cuyo caso habría un concurso material). Prácticamente en todos los casos que se han instruido por la Fiscalía, el desplazamiento, el cambio de residencia, tiene lugar como resultado final, por decirlo de esta forma, aunque puede ser simultáneo a la comisión de homicidios, de extorsiones, de lesiones personales. No obstante, el mero hecho de la ocurrencia de las amenazas, directas o veladas, y más cuando se trata de actores armados que sustituyen a las autoridades

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda, numeral 7.

⁵⁰ Senado de la República, “Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998”, en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

estatales, los afiches con amenazas generales que se colocan en mercados y otros lugares públicos y los actos arbitrarios sobre un territorio son suficientes para que tenga lugar el desplazamiento como delito.

Nótese que el tipo penal no hace referencia —y sí lo hace el artículo 159— a *desplazar* como verbo rector, sino al hecho de producirse un *cambio de lugar de residencia*, pero el título general que trae el tipo penal es el del desplazamiento, que en consecuencia debe entenderse como traslado de domicilio o residencia. (Para mayor claridad sobre los alcances posibles de esta noción, los operadores deben tener en cuenta todo el desarrollo conceptual que ha hecho la Corte Constitucional en función del desplazado como sujeto de protección especial.)⁵¹

1.1.5. Sobre el dolo para la imputación subjetiva

Respecto del dolo exigido por el tipo penal se puede afirmar, como lo hace un autor ya citado:

[...] en muchas ocasiones, si no en la mayoría, en que se presenta desplazamiento forzado como consecuencia de enfrentamientos de grupos armados, el propósito directo no es el desplazamiento de la población, aunado al hecho de que el tipo exige que el cambio de residencia sea producto de actividades arbitrarias, violentas o coactivas, lo que supondría acción directamente dirigida a desplazar. Creemos que en estos eventos estamos también en presencia de un desplazamiento forzado imputable a título de dolo eventual, en tanto que el resultado es previsible y el autor del enfrentamiento muestra indiferencia frente al resultado [...]. Aun cuando el agente no lo pretenda, estaremos en presencia de la conducta típica, por ser previsible su acontecer e indiferente el agente.⁵²

Es decir, para que se configure el tipo penal es indiferente si la intención original del actor era, en efecto, ocasionar el desplazamiento o no; mientras el hecho se produzca, fácticamente hablando, se debe imputar el tipo penal. También existen casos, desde luego, en los que existe el dolo directo. Se trata, por ejemplo, del caso en virtud del cual fue sancionado el jefe paramilitar alias H. H. por el desplazamiento forzado de un sindicalista, o de casos atroces que hoy son ventilados en los medios, de familias enteras

⁵¹ Véase, entre otros, el punto 3 de la parte VI de la sentencia n.º C-278, de 2007, de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que la Corte hace un recuento de los pronunciamientos más importantes de esta corporación sobre el tema.

⁵² Camilo Sampederro Arrubla: "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" (cit. nota 48), p. 742.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

perseguidas encarnizadamente por grupos irregulares. Incluso, en un mismo conjunto de hechos se pueden producir desplazamientos imputables a título de dolo directo y de dolo eventual.⁵³

1.2. Del tipo penal contenido en el artículo 159

1.2.1. *El conflicto armado interno como contexto general para la imputación de la conducta como infracción al derecho internacional humanitario*

Mientras el artículo 180 fue heredado de la tradición internacional de los *derechos humanos*, el artículo 159 fue concebido como parte de los delitos que buscan proteger las normas del DIH. En consecuencia, como lo establece el Código Penal, el tipo penal se refiere a las “personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Por lo tanto, para que se tipifique la conducta, dichas personas y bienes especiales, deben estar inmersos, en aquello que se ha denominado “condiciones materiales de aplicación”, las cuales constituyen un conjunto de circunstancias contextuales entre las que se desarrolla la violación a las garantías mínimas que protege el derecho humanitario. Las vulneraciones son desplegadas en el marco de hechos de emergencia que conforman una situación distinta a la del orden público ordinario: los tipos penales relacionados con el DIH presuponen, en Colombia, la existencia de un conflicto armado.⁵⁴

Lo primero que es necesario advertir en relación con esta exigencia es que para el sistema judicial o para el sistema disciplinario la interpretación del elemento normativo

⁵³ El caso de Ever Veloza, alias *H. H.*, que se cita como ejemplo, fue reseñado en comunicado de la Fiscalía, en el que se señala: “Medellín, 22 de abril. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado OIT condenó en sentencia anticipada a Ever Veloza García, alias ‘H. H.’, ex cabecilla de los bloques Bananero y Calima de las AUC, a 62 meses de prisión. Los hechos investigados se registraron a finales del año 2000 y comienzos de 2001, cuando integrantes del bloque Calima obligaron al desplazamiento forzado del líder sindical, Freddy Ocoró, miembro de Sintra municipio de Bugalagrande (Valle). A Veloza García, postulado a la Ley de Justicia y Paz, se le reconoció una tercera parte de la rebaja en la pena por acogerse a sentencia anticipada; figura que utilizó de igual modo al aceptar su autoría en los homicidios de los también sindicalistas Basilides Quiroga Muñoz y Roberto Cañarte Montealegre, perpetrados en la misma localidad vallecaucana, en agosto y noviembre del año 2000, respectivamente. Los delitos referenciados ya fueron confesados por el ex cabecilla paramilitar ante la Unidad Nacional para la Justicia y Paz”.

⁵⁴ Para ahondar en esta reflexión y haciendo acopio de toda la gran tradición colombiana de tematización del conflicto armado interno y de limitación de sus efectos, todo ello sobre el supuesto en Colombia de “humanización” del derecho internacional humanitario, se permite la referencia al libro de Alejandro Aponte: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional* (cit. nota 8), pp. 17 ss.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

del tipo penal y la consecuente categoría del derecho disciplinario es independiente de la valoración que el Poder Ejecutivo hace de la existencia o no del conflicto armado interno en una coyuntura específica. Desde luego, en el sistema judicial, tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces no son ajenos a las enormes discusiones que han tenido lugar en el Poder Ejecutivo sobre la existencia o no del conflicto armado; sobre todo en el caso del saliente Poder Ejecutivo. No es ni puede ser ajena a las presiones del Poder Ejecutivo sobre el sistema judicial para que lo reconozca o no y para que, en lugar de aplicar normas propias del DIH, aplique normas de la legislación penal antiterrorista, por ejemplo. Pero, como se dice, la independencia de los operadores y su autonomía hacen que su valoración de este elemento normativo se adelante con independencia de las presiones políticas de turno. De hecho, puede decirse que todo el sistema judicial, en conjunto, acepta la existencia del conflicto armado interno como hecho fáctico fundamental.⁵⁵

1.2.2. *Sobre los orígenes de las normas humanitarias*

El derecho internacional en su versión más clásica, aquella relacionada con *el ius publicum europaeum*, anterior a las guerras mundiales del siglo XX,

[...] reconocía tres clases de conflictos armados. El primero era la guerra, cuyo inicio partía de declaraciones formales de los Estados, con la consecuencia de que se aplicaban las normas del Derecho de la guerra entre las partes y las normas de neutralidad respecto de terceros Estados. El segundo era la guerra civil, que se consideraba un asunto de interés interno de los Estados [...]. Finalmente se contemplaba la posibilidad de actos de los Estados en los que recurrieran al uso de la fuerza, pero sin configurar un estado de guerra [...].⁵⁶

Sin embargo, tras la expedición del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas quedaron prohibidos tanto la guerra como el uso de la fuerza o de la amenaza entre Estados, más allá de la guerra misma.

⁵⁵ A propósito, véase el trabajo del autor en el cual recoge todos los elementos reunidos por la jurisprudencia nacional —especialmente la Sala Penal— alrededor de la existencia del conflicto armado interno, el cual es explícitamente aceptado por el juez penal desde hace décadas. Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia”, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. xxvii, n.º 81, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

⁵⁶ Roberto Vidal: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto de desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, p. 31.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Hoy en día, cualquier acto de hostilidad armada, en un sentido más objetivo y fáctico del término, sin necesidad de declaración jurídica y sin reconocimiento del estatus de beligerancia a los insurgentes, es regulado por los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos protocolos I y II adicionales —conjunto normativo que redefinió la clásica división anteriormente nombrada y solo distingue conflictos armados entre Estados y conflictos armados dentro del Estado mismo o conflictos armados internos—. ⁵⁷ Por lo demás, esta distinción está presente también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Se trata aquí, desde luego, de una reseña sintética y en función del texto, de fenómenos muy complejos.)

En conclusión, hoy en día, y con ello induciendo más el caso colombiano, el elemento normativo que consagra el tipo penal contenido en el artículo 159 hace referencia, en el ámbito internacional, a un concepto jurídico contenido en el artículo 3 común de las 4 Convenciones de Ginebra de 1949, en el Protocolo II adicional —ambos referidos a los conflictos armados no internacionales— y a las guerras civiles que cubre el régimen clásico anterior a 1949. No obstante, es necesario establecer que dicha referencia jurídica, en el caso interno y conforme a interpretaciones del juez constitucional colombiano, ha sufrido variaciones que deben ser matizadas teniendo en cuenta la realidad interna del país y los elementos del derecho internacional que se hacen insoslayables.

1.2.3. La confluencia de lo fáctico y lo normativo en la configuración de la conducta

Es correcto afirmar que, más allá de una declaración formal de guerra civil, por ejemplo —y es el caso colombiano—, se deben considerar hechos que sin duda hacen prever la circunstancia precisa de la existencia de un conflicto armado o de hechos constitutivos de este. Con ello se evita que, por encima de la Carta Política, el respeto al derecho humanitario dependa justamente de que el Poder Ejecutivo, por ejemplo, reconozca su existencia o entre a declarar formalmente la existencia de una guerra civil. (Si no lo

⁵⁷ Es importante aclarar —y esto tiene mucho que ver con confusiones que hoy siguen teniendo lugar y con dificultades para aplicar el derecho internacional humanitario— que, tal como lo dispone el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, su aplicación no tiene implicación sobre el estatuto de las partes: es una constatación fáctica sin adentrarse en los motivos de la guerra o en variables propias de la noción de *justa causa*, por ejemplo. Ello también tiene implicaciones muy importantes sobre el sistema judicial, como se verá en seguida, ya que no presupone el reconocimiento de beligerancia de un actor como condición para aplicar las normas humanitarias. (Hecho distinto, desde luego, del reconocimiento de combatiente en un sentido también fáctico, para diferenciarlo de meros actores ligados a delincuencia común o a grupos mafiosos, por ejemplo. Ya se hará relación en este sentido a decisiones de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía.)

ALEJANDRO APONTE CARDONA

hace, no se aplicaría el derecho humanitario, aunque fácticamente haya circunstancias propias del conflicto armado, y se debilitaría su campo de protección.)

Ello es fundamental, además, por el hecho de que el derecho humanitario, en su sentido más amplio, se aplica con independencia de las razones de la guerra, con independencia de la autorrepresentación de los actores, de las valoraciones que ellos mismos hagan de la situación y, sobre todo, de las víctimas que producen. Así, una persona es persona protegida con independencia de que lo digan el Poder Ejecutivo o los actores armados como señores de la guerra. Es una condición que no depende de consideraciones valorativas de los actores inmersos en escenarios de confrontación.

Pero, una vez que se ha logrado aclarar cuestiones de principio sobre el DIH, es necesario acudir a fundamentos que, si bien son esencialmente fácticos, luego han sido positivizados a través de normas jurídicas, y que son aportados por el Protocolo en mención y, en general, por el DIH. Es así como, para citar el caso concreto de la Fiscalía, esta institución, en providencias muy interesantes, para interpretar más correctamente el elemento normativo *conflicto armado* —en ocasión y en desarrollo de este—, destaca la necesidad de probar la existencia de tres condiciones, a saber: a) que se trata de actores con mando responsable —esto es fundamental en derecho penal internacional, pues lleva a las nociones de superior jerárquico, de cadena de mando, etcétera—; b) que exista apropiación o presencia o dominio territorial —incluso actores que tengan un dominio territorial más nómada, es decir, que circulen en un territorio extenso, cumplen esta condición—, y c) que los actores ejerzan acciones concertadas sobre un territorio. (Hay un pronunciamiento muy interesante de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se analizan uno a uno estos tres requisitos y se deduce de ellos que los actores que los cumplen están regidos por el DIH.)⁵⁸

Este es un hecho fundamental, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado: si por efecto de estas acciones concertadas, adelantadas durante largos períodos de dominio y presencia territorial, se produce un desplazamiento de las personas de su lugar, tiene ocurrencia el delito. Así, estas condiciones son fundamentales, y su ocurrencia, a pesar de estar reforzada por aspectos que son normativos y del derecho internacional, no depende de la declaración formal de una guerra civil o, incluso, de la declaración de beligerancia de un actor. Además, permite diferenciar de actos meramente delincuenciales, anarquistas, aislados, o de meros tumultos o desórdenes que no constituyen acciones de conflicto armado interno. En el caso colombiano, por tradición, además, todos estos

⁵⁸ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Despacho Diecisiete, proceso n.º 1668, 4 de marzo del 2004.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

elementos concurren, por ejemplo, en las acciones de las guerrillas, y ahora —en providencias muy interesantes de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía y sobre todo en el proceso de Justicia y Paz— concurren en grupos de autodefensas, una vez que se han detectado su composición de mando, su presencia y dominio o disputa territorial, y el hecho de adelantar acciones concertadas sobre un territorio. (Además, por su puesto, de constatar las acciones permanentes de amedrentamiento contra la población civil que las soporta en territorios cooptados y privatizados.)

1.2.4. Características específicas del tipo penal contenido en el artículo 159

Como ya se dijo respecto de esta norma, ella está situada dentro de las infracciones al DIH. Este es el bien jurídico protegido por la norma; no obstante, se trata de un tipo penal pluriofensivo, que también protege la autonomía personal, la libertad y otras garantías y, con ello, otros bienes jurídicos que son lesionados con la conducta. Lo que sucede es que su ámbito de protección se concibe en función de la persona protegida, sobre todo de aquella contenida en el numeral 1 del párrafo del artículo 135, es decir, la población civil no combatiente.

El tipo penal prácticamente no ha sido aplicado todavía en el país; los casos han llegado por vía del artículo 180. (Esta conclusión debe matizarse, no obstante, a partir del hecho de que, en el marco de Justicia y Paz, sí se vienen dando discusiones muy interesantes sobre la posible aplicación del artículo 159.) El tipo penal contiene acciones que, más allá de constituir verbos rectores, constituyen categorías, son conceptos trabajados por la jurisprudencia internacional. Por esta razón, se trataría de un tipo penal en blanco, más que de una norma que contiene todos los verbos rectores comprensivos en sí mismos. Por ejemplo, la norma trae tres conceptos diferentes que son *expulsión*, *deportación* y *traslado o desplazamiento forzado*, pero cada uno de ellos constituye, más que una acción en sí, un concepto que debe ser llenado de contenido. Para ello, un operador puede —como de hecho se hace— ir directamente al artículo 180 y así brindar contenido específico a una categoría establecida, sin hacer giros para llenar de contenido el artículo 159 de manera indirecta.

A continuación se hará referencia al carácter de ejecución permanente que tiene el delito en sus dos versiones. Se destaca así uno de los aspectos más interesantes de las normas desde el punto de vista penal, sin entrar en un estudio más en profundidad del delito, que se ha hecho en textos ya citados y que se pueden consultar.

2. El desplazamiento forzado como un delito de ejecución permanente

El hecho de que el delito que nos ocupa sea un delito de ejecución permanente es fundamental para la imputación correcta del tipo penal de desplazamiento forzado, ya que la mayoría de los hechos constitutivos del delito, tal como ha ocurrido en la Ley de Justicia y Paz, fueron cometidos en vigencia del Código Penal de 1980, en el cual no existían los dos tipos penales que hoy en día hacen relación a este hecho especialmente grave. En consecuencia, para imputar será necesario establecer pautas básicas para entender cómo se da este delito en la realidad fáctica y cómo se debe aplicar la ley en el tiempo. Una vez que se ha adelantado este análisis, se harán consideraciones acerca del fenómeno de la prescripción y de la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

El punto de partida para la consideración del delito como uno de ejecución permanente puede ser la definición clara y precisa que de este tipo de delitos introduce Roxin y que se repite en numerosos autores: “Son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”.⁵⁹ Varios elementos se deducen de la anterior definición. En primer lugar, y este es el hecho fundamental que deben tener en cuenta los operadores para imputar el delito, se encuentra la noción de *estado antijurídico*. Esto lo recalca Jescheck, por ejemplo, cuando enfatiza el hecho de que “en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente”.⁶⁰

⁵⁹ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, tomo I: “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Madrid, reimpresión, 1990, p. 329.

⁶⁰ Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.ª edición corregida y ampliada, Granada, 1993, p. 237. Esta consideración jurídica se corresponde exactamente con la sociología del delito. Se trata incluso de una correspondencia de lenguaje: “[...] el desplazamiento como estrategia ha tendido a convertirse en permanente, de manera que los actores armados buscan consolidar su control territorial para instaurar o controlar procesos de producción de cultivos ilícitos y garantizar el tráfico de armas e ingreso ilegal de divisas, entre otras cosas. En muchos de estos casos se produce una ‘sustitución de la base social’, de manera que la población desplazada es reemplazada por personas afectas al respectivo actor armado, y a ellas les son transferidos activos tales como tierra e inmuebles”. Edgar Forero: *El desplazamiento interno forzado en Colombia*, Washington, 22 de septiembre del 2003, p. 4, disponible en <http://www.ideaspaz.org/eventos/download/edgar_forero.pdf>. El desplazamiento forzado ha estado ligado a empresas masivas de expropiación de las tierras de los campesinos. Esa es una de sus características fundamentales: estrategia de guerra, como estrategia de apropiación de tierras.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Aquí se destaca también la voluntad del actor, tal como lo hace la jurisprudencia colombiana en providencia que es hoy seguida por la Sala Penal y que aclara puntos básicos:

[...] un comportamiento *único* que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, *sin solución de continuidad*, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado.⁶¹

Esta renovación del hecho, además, se da a través de actos concretos —también de omisiones, como se verá—; es decir, no se trata de una acción única que se agote en el tiempo, sino de un conjunto de acciones y de omisiones perpetuadas en un periodo determinado, lo que no significa, desde luego, que sean varios delitos. En este caso habrá un concurso, como es lógico; por esa razón y para efectos procesales y de aplicación de la ley en el tiempo, asiste razón a la mayoría de la doctrina que lo considera como un solo delito o que lo denomina también *delito único*.⁶²

Los ejemplos que agregan los dos autores citados, tanto Roxin como Jescheck, son ejemplos convencionales en los cuales no están presentes los crímenes internacionales, pero ilustran nuestra reflexión: detención ilegal, allanamiento de morada, conducción en estado de embriaguez, etcétera. Autores colombianos como Fernando Velásquez, aunque sin explicación en detalle, mencionan al lado del secuestro o del concierto para delinquir el delito de desplazamiento forzado como delito de ejecución permanente. (El autor restringe la mención al artículo 180, pero debe entenderse también el artículo 159.)

Lo señalado no pierde sentido incluso si el delito no es un delito de mera actividad y, por ende, si se entiende que el desplazamiento forzado, artículo 180 por ejemplo, exige que se *occasione* efectivamente el desplazamiento. Por eso, según Roxin, “los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado n.º 22813, del 30 de marzo de 2006, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 9. Es necesario aclarar que esta providencia ha tenido lugar en el contexto del delito de inasistencia alimentaria y fue la que varió posturas de la Sala Penal anteriores, en las cuales el acento estaba más ligado al fraccionamiento del delito en hechos independientes, pero de ese delito en particular. Hoy incluso se discute si es de hecho un delito de ejecución permanente. Lo importante es, además, destacar que en los ejemplos que cita la Corte, como el caso de la huida, precisamente en el desplazamiento forzado no sería conducente, porque es una de las circunstancias en las que justamente el delito continúa ejecutándose.

⁶² Liszt-Schmidt: *Tratado de derecho penal*, II: “Filosofía y ley penal”, Buenos Aires, 1964, p. 636. Texto citado en la providencia inmediatamente reseñada, p. 7.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico”.⁶³ El acento está en el injusto. Para nuestro caso, de una vez es importante comprender que es necesario enfatizar, en función del injusto, la violación permanente de la autonomía personal. Es, como se ha dicho, dentro del capítulo contra la autonomía personal, en el contexto más genérico de la libertad y otras garantías, que se sitúa el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180.

Una pregunta surge en este momento como fundamental: ¿Cómo se demuestra, en el caso del desplazamiento forzado, la preservación en el tiempo de un estado antijurídico? ¿Ello se reduce a las acciones y omisiones del sujeto activo o también debe tenerse en cuenta el sujeto pasivo, más aún, la víctima o el perjudicado de acuerdo con nuevas terminologías? ¿Hasta dónde debe comprenderse y tiene significado el hecho de ser *desplazado* contra la propia voluntad, de huir de manera permanente, de verse forzado contra su autonomía?

Frente a este cúmulo de preguntas, y como ocurre con la mayoría de los casos relacionados con crímenes internacionales, es la realidad del hecho mismo la que debe dar respuesta. Por ejemplo: una persona, un sindicalista, para citar un caso específico por el cual se ha condenado en justicia ordinaria a un procesado en Justicia y Paz, con el alias de *H. H.*, es desplazado directamente por el jefe paramilitar, es decir, mediante actos arbitrarios —amenazas directas, por ejemplo— y, según el tipo penal, se *ocasiona* el desplazamiento de la persona. El sindicalista permanece oculto, huye, se refugia en otro territorio, y con este hecho se menoscaba claramente su autonomía, su poder de decisión sobre el lugar donde quiere residir. Es, en el más puro sentido de la palabra, *forzado* su desplazamiento del lugar; su voluntad, su autonomía se encuentra *forzada*, para reseñar el valor de esta palabra. Es decir, se menoscaba de manera permanente dicha autonomía como bien jurídico tutelado.

Ahora, lo interesante en este caso es que si se imputa, en el contexto del conflicto armado, el artículo 159, el bien jurídico es en principio el DIH, pero, como se trata en todo caso de un tipo penal pluriofensivo, hay que tener en cuenta la noción de autonomía personal que se desconoce con la acción que se renueva en el tiempo (o la omisión). En todo caso, también es muy interesante pensar, desde el punto de vista de la población civil no combatiente, la violación permanente de las leyes de la guerra, en situaciones como el desplazamiento forzado, la toma de rehenes, el reclutamiento forzado, etcétera.

⁶³ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 329.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Son temas para seguir reflexionando y respecto de los cuales la dogmática debe enriquecerse con estas nuevas exigencias de fundamentación.

Debe decirse que durante todo el tiempo en que dicha situación tenga lugar, en que se afecte la autonomía como expresión de la libertad como está concebido en el Código, se está produciendo el *estado antijurídico* connatural al delito de ejecución permanente.

Pueden suceder dos cosas para simplificar el caso y para observar el problema central de la voluntad del autor. Puede suceder que la persona siga siendo amenazada, así sea veladamente, en el nuevo territorio que ocupe (por esa razón muchos desplazados quedan de hecho por fuera de toda acción de políticas públicas: se trata de seguir en el anonimato y así preservar la vida), o puede suceder que, aunque no haya amenazas directas posteriores, la orden sea no dejar regresar al desplazado a su territorio de origen. En ambos casos sigue manteniéndose el estado antijurídico y puede decirse que en ambos casos se mantiene también la voluntad del actor.⁶⁴ Ello incluso si durante algunos periodos se entra en una especie de pausa o de interrupción de los actos arbitrarios.

Es decir, para darse una voluntad del actor no se requiere que durante cada minuto del tiempo del desarraigo una persona sea efectivamente amenazada, lesionada o constreñida. Por eso, con razón recalca Zaffaroni: “La permanencia del delito no cesa aunque se hayan producido cortas interrupciones que en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado”.⁶⁵

Incluso —y este es un hecho muy interesante— siguiendo a Jakobs se puede agregar que “en algunos delitos, los permanentes en sentido estricto, el injusto se va intensificando al aumentar la medida del ataque a un bien jurídico por medio de un obrar u omitir posterior del autor”.⁶⁶ Se trata de un hecho clave para entender sociológicamente las formas en que se da el delito: la(s) persona(s) desplazada(s) puede(n) seguir sufriendo amenazas en el lugar donde se encuentren, pueden agregarse nuevos actores —por ejemplo, cómplices

⁶⁴ Esta voluntad se puede dar, además, a través de inducciones en error a las víctimas desplazadas. Por ejemplo, en un contexto degradado —típico de la sociología de este delito—, teniendo lugar un desplazamiento múltiple de una población, puede suceder que unas personas quieran regresar, pero por rumores de otros desplazados, inducidos incluso por situaciones generadas por los actores del desplazamiento mismo, no regresan. Ello en caso de que en realidad existan en principio las condiciones para que se dé el regreso; por ejemplo, si los actores armados han sido expulsados del territorio o no tienen dominio sobre él, pero pretenden seguir atados al usufructo de las tierras de los desplazados, etcétera.

⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 859.

⁶⁶ Günther Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª edición corregida, Madrid, 1997, p. 208.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

partícipes contratados para continuar las amenazas— y puede, incluso por omisión, aumentar la medida del injusto.

Piénsese, para citar un caso, que a través del desplazamiento —y este es un hecho subrayado por los instrumentos internacionales— el actor coloca a la víctima en una situación especial y permanente de vulnerabilidad, en una situación de fragilidad para su vida, su integridad; no obstante, no se despliega una conducta para evitar que ello ocurra —por ejemplo, para propiciar que las víctimas regresen a sus tierras, para que recuperen los bienes, para que cese su estado de fragilidad—. Este es un hecho que se discute en Justicia y Paz de cara a las fórmulas de reparación concretas y tiene, además, repercusiones específicas frente a la misma desmovilización y sometimiento a la justicia.

Por ejemplo, si una persona desmovilizada sigue influyendo a través de amenazas o, en todo caso, y para preservar propiedades, impide el regreso de desplazados, mantiene una estructura de poder, de mando, y en realidad no se ha desmovilizado. Ello tiene repercusión sobre todo el proceso. El problema de la omisión en los delitos de ejecución permanente es ciertamente relevante.⁶⁷

El caso de numerosas personas que se han desplazado y que, por decirlo así, no han sido desplazadas directa sino indirectamente, y respecto de lo cual la imputación se haría a título de dolo eventual, puede representar mayores dificultades para ser imputado correctamente el tipo penal. Pero aquí el caso del anonimato y de lo masivo de las víctimas no desconoce el hecho central de la permanencia del estado antijurídico. Las personas no regresan: unas van a un sitio del país, otras a otro; se disgregan, se dividen, pero en todo caso su temor permanece y, desde luego, la falta de dominio de su autonomía: así quieran regresar no pueden hacerlo, no les es posible. La razón principal que ocasionó su desplazamiento —la violencia generalizada—, la presencia de actores ilegales, la paraestatalidad clara, se mantienen; de allí que la situación antijurídica persista.

2.1. Delito de ejecución permanente y aplicación de las normas penales en el tiempo

Una vez que se tienen elementos claros que permiten establecer que el desplazamiento es un delito de ejecución permanente, surge un hecho central que debe ser resuelto en función de la implementación de fórmulas correctas de imputación de la

⁶⁷ Jakobs coloca un ejemplo relativamente sencillo: en el caso de la detención ilegal, tiene lugar lo dicho sobre la intensificación del injusto, "en caso de que el autor mantenga la privación de la libertad mediante su comportamiento, o sea, si sujeta a la víctima (acción) o no la libera (omisión)". *Ibidem*, p. 208.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

conducta de desplazamiento forzado, preservando los principios centrales del derecho penal en el Estado de derecho: las normas del Código Penal que deben ser aplicadas. Como se sabe y se ha dicho, una gran mayoría de hechos narrados por los desmovilizados ocurrieron antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal del 2000, con vigencia desde julio del 2001. De esta forma, la pregunta debe dirigirse al carácter mismo del delito y a los actos que lo convierten en delito de ejecución permanente y al momento en que se han cometido dichos actos. (Se debe tener siempre en cuenta, además, el periodo de vigencia de la ley 589 del 2000.)

Lo que primero debe aclararse es que tanto la legislación como la jurisprudencia colombianas optan por la denominada *teoría de la acción, consagrada* en el artículo 26, que se refiere al “tiempo de la conducta punible” y establece que “la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado”. Esta teoría sirve para resolver cuestiones atinentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal, problemas que ya se habían planteado otros autores clásicos que, si bien en otro momento, lo resolvieron con toda claridad, sin desconocer la fundamental prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, Welzel aseguraba ya en su momento que para la “cuestión de la antijuridicidad, de la culpabilidad y la punibilidad, es decisiva la situación al tiempo de la ejecución de la acción; indiferente es la situación al tiempo de la producción del resultado”.⁶⁸ De igual manera, en Italia otro autor clásico hacía referencia a la ejecución de la “actividad”, según la cual “el momento realmente decisivo del delito es el de la conducta, porque en él se comprende la rebelión del individuo a la ley, que caracteriza el ilícito penal”. Además, y agregando una consideración político-criminal propia del autor, concluye que “solo en dicho momento puede desenvolverse la eficacia intimidativa que es inherente a la norma”.⁶⁹

Por su parte y más recientemente, Roxin, quien da cuenta de la ley alemana similar en todo sentido al artículo 26 colombiano ya citado, y en la cual se acentúa la aplicación

⁶⁸ Hans Welzel: *Derecho penal alemán. Parte general* (traducción de la 11.ª edición en alemán), Santiago de Chile, 1970, p. 43. Asimismo, Baumann, haciendo alusión al origen en la Constitución de Maryland de 1776, artículo 15, de la prohibición de retroactividad y a su vinculación a través de la revolución francesa a la tradición continental y su apoyo en autores como Feuerbach, establece: “[...] en el contexto de la validez temporal, un hecho es jurídicamente perpetrado solo cuando el autor lo ha cometido efectivamente. La eventualidad de un resultado posterior en el tiempo se hace irrelevante”. Jürgen Baumann: *Strafrecht I*, Tübingen, 1960, p. 89.

⁶⁹ Francesco Antolisei: *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, 1960, p. 92. Concluye así el autor: “Por ello consideramos que el delito se debe entender cometido en el tiempo en que el sujeto ha realizado la conducta prohibida por la norma y, por ello, en el caso de sucesión de leyes, debe aplicarse la que en aquel se encontraba en vigor”.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

de la “ley que está vigente al momento del hecho”, concluye que el momento del hecho “es el momento en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado”.⁷⁰ Así, “en el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión; por ejemplo, que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”.⁷¹ Así lo recalca finalmente Jescheck: en los “*delitos permanentes* habría que ver si la situación antijurídica creada por el autor se prolonga hasta después de entrar en vigor la nueva ley. Por ello, en los delitos continuados y en los permanentes, el tiempo de comisión se extiende linealmente hasta la *terminación* del hecho”.⁷²

2.2. Diferencia entre consumación y agotamiento: una herramienta apropiada de interpretación de los hechos

Una consideración de Zaffaroni puede introducirse en este contexto. El autor, en este tipo de delitos, diferencia entre *consumación* y *agotamiento*. Parte de la base, tratándose en general de todos los delitos, de que “siempre la consumación es el presupuesto del agotamiento, pero no en todos los delitos puede tener lugar antes del agotamiento”.⁷³ Así, esta separación sería posible en los delitos continuados, lo cual quiere decir, en el caso del desplazamiento, que el hecho mismo de ocasionarse un desplazamiento, en un solo acto, puede consumarse, puede ser sinónimo de realización del tipo, pero no se produce con ello un agotamiento efectivo de la conducta. Así, según el mismo autor, esta separación tiene los siguientes efectos:

[...] a) en cuanto a la participación, porque haría típica la acción del que interviene antes del agotamiento; b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto del agotamiento; c) en punto de la realización de circunstancias agravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que harían lugar a una tipicidad calificada.⁷⁴

⁷⁰ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 162.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general* (cit. nota 60), p. 124.

⁷³ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 65), p. 821.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 821. Respecto de la prescripción, es muy importante lo expuesto por Zaffaroni, ya que coincide justamente con el caso colombiano, en el cual, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, en el caso de los delitos de ejecución permanente, el término de prescripción comienza a contarse “desde la perpetración del último acto”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Esta noción de agotamiento debe entenderse en función de lo ya expuesto sobre la continuación de *actos* que hagan que el delito *continúe* produciéndose. Así, por ejemplo, si se produce un desplazamiento en el año 1999, bien sea a título de dolo directo o dolo eventual, en ese momento se ha realizado la conducta establecida en el tipo, se ha ocasionado el desplazamiento. La persona se desplaza, contra su voluntad y viendo afectada su autonomía, e inicia un itinerario oprobioso propio de las circunstancias sociológicas que acompañan este delito. La persona se sitúa con su familia en la capital de un departamento, sigue huyendo durante todo el año 2000; recibe, una vez que ha sido ubicada al lado de otros desplazados, amenazas en las que se le dice que no puede regresar. Dichas amenazas se producen a finales del año 2000 y se reiteran de manera intermitente a lo largo del año 2001. Al final de este año, la persona, que ya no recibe amenazas directas del actor que la ha desplazado —un jefe paramilitar que operaba en la zona y que conocía bien al sujeto pasivo y condenó sus actividades políticas, por ejemplo—, quiere regresar al lugar que habitaba y no puede hacerlo porque los actores siguen presentes en dicha zona, razón por la cual no estaría segura su vida ni su integridad.

En este caso, los actos cometidos por el actor, que hacen parte de la continuación del estado antijurídico que precisan los delitos de ejecución permanente, se siguieron produciendo, tanto en vigencia de la ley 589 del 2000, como en vigencia del Código Penal. De acuerdo con el artículo 6, que consagra el principio legal y constitucional básico y fundamental de la legalidad, dicho delito, la norma que lo contiene, es “preexistente al acto que se le imputa”. Es decir, esos actos, que pueden además ser omisiones —las amenazas veladas, el hecho de no hacer nada para el regreso, mensajes velados para todos los desplazados sobre su imposibilidad de retorno—, originados después de esa fecha de julio, son actos que pueden ser imputados como actos propios del delito de desplazamiento. No se trata de aplicación retroactiva de la ley, ni se trata de la conversión en el tiempo de un delito en otro. Se trata, luego de las consideraciones fundamentales hechas con anterioridad, de tener en cuenta *actos* propios del delito en cuanto delito de ejecución permanente.

El término *actos* y no una acción, por ejemplo, que discurra en el tiempo y que sea difícil de probar o de constatar sociológicamente, está confirmado en el artículo 84, inciso 2.º, ya citado, que se refiere, en términos de prescripción, al “último acto” perpetrado.

Otros autores, aunque no distinguen de esta forma tan fina entre consumación y agotamiento, apuntan en realidad a lo mismo. Por ejemplo, se dice, una vez aclarado que el delito de ejecución permanente supone la continuación de un estado antijurídico, que “dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se *sigue consumando*”

ALEJANDRO APONTE CARDONA

hasta que se abandona la situación antijurídica”.⁷⁵ O, también que en este tipo de delitos “el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse”.⁷⁶

Otra cosa distinta sería el siguiente caso: la persona es obligada a desplazarse contra su voluntad en el mismo año de 1999. En el año 2000 es amenazada para que no regrese, pero, luego de decisiones políticas, algún actor armado prevé todas las condiciones para el regreso de dicha persona y esta, con su familia, regresa, se asienta de nuevo y vive en condiciones mínimas de seguridad, todo ello antes del mes de julio de 2001. En este caso, en el año 2008 o 2009 no se podría imputar el delito de desplazamiento forzado, a pesar de que por hechos objetivos se trate efectivamente de dicho delito. Simplemente no existía este al momento de la comisión de la conducta objetivamente. (En este caso se imputa el delito de constreñimiento ilegal, que puede ser agravado.)

Tampoco podría imputarse el mismo delito si, antes del mes de julio de 2001, la persona fue reubicada, si a sus hijos se les ha dado educación en el nuevo lugar, si ha podido conseguir estabilidad mínima y una mínima seguridad; y, sobre todo, si ha recuperado el dominio de su autonomía personal. Aquí podría decirse, para manejar el delito con algo de racionalidad, sobre todo cuando la condición de desplazado se une a la condición de pobreza y de marginalidad de un inmenso sector de la población colombiana, que ha cesado el “estado antijurídico”, incluso si la persona no ha regresado al lugar de origen desde el cual se desplazó. (Se trata desde luego de una opción discutible, en la medida en que incluso ubicada dignamente en otro territorio la persona puede seguir viéndose o sintiéndose vulnerada en su autonomía u otras garantías. Los operadores deben ser especialmente acuciosos y hacer auténtica sociología del delito para saber cómo se extiende en el tiempo el estado antijurídico de la conducta y en qué acciones u omisiones se expresa esa permanencia. Pero también se debe siempre adelantar una imputación racional y en todo caso plausible).

Ello supone, desde luego, una exigencia, y es que el Estado y todas sus instituciones, de la manera más consistente, actúen en función de los desplazados; supone que funcionen sin demoras y sin dilaciones los programas de protección y de prevención alrededor del desplazado; supone, en fin, que funcionen efectivamente las políticas públicas. Un problema aparece aquí: ¿y si dichas políticas públicas funcionan incluso a costa

⁷⁵ Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 7.ª edición, 2005, pp. 227-228.

⁷⁶ Fernando Velásquez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª edición, Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007, p. 147.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de la voluntad del actor que ha pretendido, en todo momento, que siga produciéndose el desplazamiento? Es un problema más fácil de resolver en el caso del dolo eventual, por ejemplo, o, en todo caso, no se puede restringir la interpretación sociológica de una conducta tan compleja al hecho único de la voluntad de un actor, tanto más si este ha ingresado en un proceso de desmovilización o de paz.

2.3. Término de prescripción aplicable frente al delito de desplazamiento forzado

El Código Penal, en el artículo 83, consagra el término de prescripción de la acción penal de la siguiente forma (se cita lo más atinente para nuestro estudio):

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

[...]

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

Es claro, según el referido artículo, que hay un término especial de prescripción para el delito de desplazamiento forzado, que es de treinta años. Esto indica que por la gravedad de la conducta se amplía considerablemente el término de prescripción, con el fin de que este hecho no quede impune, incluso en virtud del cumplimiento de compromisos internacionales. Se resalta, además, la enorme importancia de estos artículos como política estatal, con el fin de poder sancionar y castigar oportunamente estas conductas.

Existe pues en Colombia un término de prescripción para todos los delitos que se amplía cuando se trata de aquellos que constituyen el núcleo duro de la protección penal de los derechos humanos, como es el caso del desplazamiento forzado.⁷⁷ Al mismo

⁷⁷ El autor y consultor ha trabajado en diversos textos la noción de *núcleo duro de la protección penal de derechos humanos*, con base en la misma legislación penal y en los orígenes de la discusión legislativa en torno de estos delitos; así, dicho núcleo estaría constituido por los delitos de genocidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada y tortura. A propósito y con el objetivo de presentar fórmulas correctas de imputación a los operadores en el marco general de la protección penal de derechos humanos y con énfasis en el homicidio en persona protegida, véase Alejandro Aponte Cardona: *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá: Vicepresidencia de la República, Programa de Lucha contra la Impunidad, agosto de 2008.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

tiempo, en función de la lucha contra la impunidad de estos delitos, es fundamental el hecho de que exista un término de prescripción, ya que ello delimita la potestad sancionadora del Estado, brinda seguridad jurídica para los procesados y sanciona al Estado por no haber iniciado las actuaciones respectivas en un tiempo debido.⁷⁸ Por eso, además, no es correcto, como se sostiene hoy en diversas instancias, que en Colombia, aplicando directamente normas internacionales, haya imprescriptibilidad para delitos de lesa humanidad. La acción penal prescribe en todos los delitos; habría discusión sobre la imprescriptibilidad de la pena, ya que el mismo Código Penal hace alusión, en el artículo 89, a lo dispuesto en los tratados internacionales. Pero, se repite, respecto de la acción es clara la normatividad legal y, además, constitucional.

De otra parte, el inciso 6.º del artículo 83 reviste especial importancia, ya que, de tratarse de un servidor público, el término de prescripción se aumenta en una tercera parte.

Es de gran utilidad el estudio de esos dos incisos (2.º y 6.º) en conjunto, ya que la casuística penal ofrece también el ejemplo del militar al que le es imputado el delito de desplazamiento forzado. Acá el cómputo de la prescripción debe hacerse tomando en cuenta los 30 años, más la tercera parte por tratarse de servidor público.⁷⁹

2.4. La prescripción en los delitos de ejecución permanente

Un aspecto procesal relevante es la iniciación del término de prescripción de la acción. El artículo 84 del Código Penal es claro al señalar:

En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las *conductas punibles de ejecución permanente* o en las que solo alcancen el grado de tentativa, *el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.*⁸⁰

El documento también se encuentra en la página web de la institución, en el contexto del Programa de Lucha contra la Impunidad.

⁷⁸ En este sentido se expresa claramente la Corte Constitucional, en sentencia n.º C-229, del 5 de marzo de 2008, MP: Jaime Araujo Rentería: “[...] la extinción de la acción penal en virtud de la prescripción, al tiempo que delimita la potestad sancionadora del Estado, es un beneficio para el sindicado de la comisión de una conducta punible, en cuanto le confiere la seguridad de que no habrá en el futuro investigación, juzgamiento y sanción en su contra por causa de tal conducta”.

⁷⁹ Al respecto, ha dicho la Sala Penal de Corte: “[...] el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 25 de 2004, radicado n.º 20673, MP: Edgar Lombana Trujillo.

⁸⁰ Cursivas añadidas.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Es importante recordar que, como se ha expresado, el delito de desplazamiento forzado es de ejecución permanente y, ante ello, el último acto es el que se debe tomar en cuenta a efectos de la declaratoria de la prescripción, tal como lo establece la norma citada. Frente a esta deducción evidente, se debe tener en cuenta todo lo dicho acerca del carácter del delito en cuestión, como delito de ejecución permanente.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si se ha iniciado la investigación del delito de ejecución permanente y continúan los actos, luego de hecha la acusación, hay un “corte procesal”, es decir, entraría a ser parte de otro proceso, ya que la acusación es el acto jurídico que interrumpe la prescripción, además de ser el punto de partida de un proceso penal formal. Así, se infiere que, de continuar los hechos objeto de investigación, estos necesariamente formarán parte de otro proceso.⁸¹

Ello, desde luego, se refiere a efectos procesales estrictamente relacionados con la prescripción y debe entenderse en consonancia con lo expuesto sobre el carácter de ejecución permanente del delito. Por eso se deba concluir que se toma en cuenta el último acto procesal para efectos de contabilizar la prescripción en delitos de ejecución permanente, como lo es el desplazamiento forzado, pero, tal como lo expresó la Corte Suprema, debe existir un límite a la investigación de los hechos por la Fiscalía. Esto es, con la acusación se coloca un límite a lo que se debe investigar, así los actos constitutivos del delito sigan perpetuándose, y estos actos posteriores serán hechos materia de otro proceso, lo que no quiere decir que el acto constitutivo del delito de ejecución permanente se fragmente; la operación se adelanta para efectos de una sana investigación y de establecer límites procesales en función de un debido proceso y de hacerlo más coherente.

Se aclara, finalmente, que existen otros aspectos relevantes que el autor ha trabajado en textos ya reseñados, pero que exceden los alcances del presente trabajo. En este, en un principio, desde una perspectiva más continental y luego teniendo como base el caso colombiano, se ha adelantado un estudio del impacto importante de la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con la sanción a los Estados por la ocurrencia del

⁸¹ Ha dicho la Sala Penal al respecto: “Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica —que comprendía las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho— y jurídica —que califica la conducta desde la normativa penal— contenida en la acusación, aun tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de junio 20 de 2005, radicado n.º 19915, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

fenómenos de desplazamiento forzado, para luego, a partir de la hipótesis presentada sobre la mezcla y la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario, ilustrar con ejemplos locales, colombianos, esta confusión. Al final, en el excuso, también con referencia al caso colombiano, pero con una vocación más general, se ha hecho alusión a aspectos especialmente problemáticos y críticos, de carácter sustancial penal y procesal penal, que pueden ser de utilidad, desde una perspectiva comparada y en relación con la persecución penal nacional de crímenes internacionales, para el estudio de otros delitos de ejecución permanente, como es el caso de la desaparición forzada, por ejemplo, o de delitos complejos como el reclutamiento ilícito de menores y su permanencia. Además, como se ha observado, se ha hecho alusión a circunstancias y condiciones de aplicación de normas que consagran crímenes de guerra e infracciones al DIH, tema que desde hace años convoca discusiones muy interesantes de nuestro Grupo de Estudios y que encuentra en el caso colombiano un laboratorio privilegiado para analizar sus consecuencias prácticas.