

**EL DESPLAZAMIENTO FORZADO
COMO CRIMEN INTERNACIONAL:
NUEVAS EXIGENCIAS A LA
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL***

**FORCED DISPLACEMENT AS AN
INTERNATIONAL CRIME: NEW
DEMANDS TO THE TRADITIONAL
PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW**

*Alejandro Aponte Cardona***

*Fecha de recepción: 23 de junio de 2012
Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2012*

Para citar este artículo / To cite this article

Aponte Cardona, Alejandro, *El desplazamiento forzado como crimen internacional: nuevas exigencias a la dogmática jurídico-penal*, 125 *Vniversitas*, 15-51 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<15:DFCCIN>2.0.TX;2-Q

* El presente artículo corresponde al trabajo realizado por el autor dentro del marco de su actividad en el Grupo de Investigación en Justicia Social de la Pontificia Universidad Javeriana, categoría A de Colciencias, al cual pertenece esta contribución.

** Doctor en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Saarland, Saarbrücken, Alemania. Profesor investigador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Consultor internacional. Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: alejandro.aponte@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente artículo, producto de la investigación del autor, estudia el desplazamiento forzado en Colombia en tanto crimen internacional. El análisis se adelanta en el contexto general de las nuevas exigencias a la dogmática jurídico-penal, que la persecución penal de este delito ha generado en el derecho interno desde su tipificación en el Código Penal vigente —tanto en su consagración como infracción al Derecho Internacional Humanitario, artículo 159 del Código Penal, como en su incorporación como delito contra la autonomía personal, artículo 180 del Código Penal—. Luego de revisar las características de ambos tipos penales y la jurisprudencia más reciente al respecto, así como la evolución de la misma, el texto expone las principales exigencias dogmáticas y político-criminales que en la actualidad conlleva la persecución penal del desplazamiento forzado en Colombia como crimen internacional.

Palabras clave autor: Desplazamiento forzado; persecución penal; crimen internacional; lesa humanidad.

ABSTRACT

This article, product of the author's academic and practical research, studies forced displacement in Colombia as an international crime. The analysis is carried out under the general framework of the new demands to the traditional principles of Criminal Law, that the prosecution of this crime has stressed in Colombian internal legal system, since its incorporation in the current Criminal Code —both, as an infraction against humanitarian law and as a crime against the personal autonomy. After studying the characteristics of these two crimes and the most recent case law, the article emphasize the principal dogmatic and political demands that nowadays implies the prosecution of forced displacement as an international crime in Colombia.

Keywords author: Forced displacement; criminal prosecution; international crime; crimes against humanity.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LOS TIPOS PENALES QUE CONSAGRAN EL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA.- *A. Del tipo penal contenido en el artículo 180.*- 1. Origen de la estructura normativa del tipo penal.- 2. Aplicación implícita del denominado “elemento contextual” en el caso colombiano.- 3. Sobre el sujeto activo.- 4. Sobre el modelo descriptivo de la conducta.- 5. Las exigencias dogmáticas para la demostración del dolo para la imputación subjetiva de la conducta.- *B. Del tipo penal contenido en el artículo 159.*- 1. El conflicto armado interno como contexto general para la imputación de la conducta como infracción al Derecho Internacional Humanitario.- 2. La confluencia de lo fáctico y lo normativo en la configuración de la conducta.- 3. Características específicas del tipo penal contenido en el artículo 159.- II. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO COMO UN DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE.- *A. Delito de ejecución permanente y aplicación de las normas penales en el tiempo.*- *B. Diferencia entre consumación y agotamiento: una herramienta apropiada de interpretación de los hechos.*- *C. Término de prescripción aplicable frente al delito de desplazamiento forzado.*- *D. La prescripción en los delitos de ejecución permanente.*- III. ¿SON LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD IMPRESCRIPTIBLES A NIVEL INTERNO?.- A MANERA DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El autor de este escrito ha dedicado varios trabajos al estudio del desplazamiento forzado como crimen internacional desde su incorporación al derecho penal interno en el Código Penal vigente, hasta el estudio de su desarrollo en la jurisprudencia. Son textos que se citarán en su momento en este trabajo. El punto de partida para su estudio, un trabajo del 2007, fue la pregunta por el extremo déficit de persecución penal de este delito, tanto en su versión contenida en el artículo 180 del Código, más ligada a la noción de lesa humanidad, como en su versión de infracción al Derecho Internacional Humanitario, contenida en el artículo 159.

Es un déficit que contrastaba, más aun en aquella época, con el activismo jurisprudencial de la Corte Constitucional y que reflejaba, además, la dificultad del sistema penal para investigar y sancionar estos delitos, con sus exigencias dogmáticas y de proyección político-criminal. Hoy se ha avanzado en la persecución penal nacional del delito —la Fiscalía y los jueces se han organizado mejor—, pero aún apenas se producen auténticos resultados. Al tiempo, persisten algunos problemas de comprensión del delito, aunados hoy a las tensiones argumentativas cuando diversos funcionarios del sistema penal interpretan el delito y usan las fuentes del derecho internacional para darle contenido y, con él, incidir sobre principios como la legalidad o los límites a la prescripción.

En anteriores trabajos el autor ha reflexionado sobre las relaciones y confusiones que se presentan respecto a diversos ámbitos de protección de derechos humanos, a partir de la premisa necesaria de preservar la especificidad y los límites del derecho penal. En el siguiente texto se adelanta un análisis dogmático sobre el desplazamiento forzado que puede servir a operadores jurídicos —y no solo respecto al desplazamiento en sí, sino también a otros crímenes internacionales como la desaparición forzada—, frente a los desafíos de imputación y sanción de delitos de esta complejidad. También, por supuesto, se presenta a la comunidad académica en general, precisamente por la calidad de los problemas que se suscitan. Se destacan así aspectos penales relevantes para ilustrar casos que conciernen a una realidad dramática en el caso colombiano,

pues se dice que existen en el país alrededor de cuatro millones de desplazados¹.

I. 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 de 2000 donde se tipificó, por primera vez en Colombia, el delito que se estudia. Esta ley entró a regir el 7 de julio del 2000², sin embargo, dado que el Código Penal vigente, Ley 599 de 2000, fue promulgado el día 24 de julio del 2001, 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 Suprema de Justicia se ocupó, en su momento, de un caso en que tuvo lugar un desplazamiento forzado en 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 el delito en su versión actual. El Código Penal, Ley 599 de 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 hacen referencia al desplazamiento forzado en los siguientes términos:

- 1 Para ahondar en el tema, y con un estudio detallado de la jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y de las diversas dificultades para imputar los delitos, hasta el 2009, así como propuestas de ámbitos sociológicos de aplicación de las normas, el autor se permite la remisión a su texto: Alejandro Aponte, *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación* (Monográfico No. 1. Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax., Madrid – Bogotá, 2009).
- 2 Para un estudio en detalle del proceso legislativo relacionado con este y otros delitos que constituyen crímenes internacionales, el autor se remite a su primer trabajo elaborado para del Grupo de Estudios Latinoamericano sobre Derecho Penal Internacional: *Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano*, en *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Kai Ambos & Ezequiel Malarino, Eds., Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Internacional de Friburgo – Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003).

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) años en, 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 internacional³.

Por otra parte, en el capítulo dedicado a sancionar las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se consagra el desplazamiento forzado en conflicto armado como tipo penal, tal como se citó anteriormente, así:

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 forzada-mente 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, que estos delitos fueron regulados en primera instancia en la Ley 589 de 2000, que adicionó en lo pertinente el Código Penal de 1980. Esta ley, de julio 16 de ese año, entró a regir a partir de su publicación, tal como lo indicó su artículo 18. El Código Penal, por su parte, entró a regir en julio del 2001, un año después de la expedición de la Ley 599 de 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

3 Por su parte, el artículo 181 del Código Penal colombiano 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”.

genocidio, tuvo una vigencia de prácticamente un año. Este tiempo es importante para analizar, en casos concretos, el tema relacionado con la permanencia en el tiempo del estado antijurídico, propio de los delitos de ejecución permanente, como lo es el delito de desplazamiento forzado. Su tenor era básicamente el mismo, pero hay cambios importantes en la punibilidad.

A. Del tipo penal contenido en el artículo 180

1. Origen de la estructura normativa del tipo penal

Pese a que el proyecto original de la Ley 589 de 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 vacío jurídico en el plano internacional sobre el fenómeno de los éxodos poblacionales que no sobrepasan las fronteras, pues sólo se protegen de manera indirecta a través del derecho de los refugiados⁴.

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 180. Entre las modificaciones que sufrió el tipo penal desde la disposición contenida en el proyecto original hasta el último debate se encuentra por un lado, el cambio en la expresión “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.

4 Senado de la República. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998. Gaceta del Congreso No. 185, 6 (1998).

2. Aplicación implícita del denominado “elemento contextual” en el caso colombiano

Pese a que, según la adaptación hecha por el Congreso, en el caso colombiano no se exige tener en cuenta el denominado elemento contextual en la incorporación del tipo penal —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 sobre este delito, ha instruido y sancionado casos de desplazamiento cuando se trata de un contexto general de violencia, sin ocuparse 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 obra 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 delinquir⁵.

Este es un tema con especial relevancia en el momento, pues se discute hoy sobre una ley estatutaria que, en desarrollo del acto legislativo reformativo de la Carta y que propone un marco constitucional para la paz, regule de alguna forma los delitos de lesa humanidad y contenga las previsiones relacionadas con la generalidad y la sistematicidad en su comisión.

5 Ver, al respecto, Alejandro Aponte, *Colombia*, en *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, 159-211 (K. Ambos, E. Malarino & G. Elsner, Eds., Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2008). Este es el primer trabajo elaborado por el autor y se detiene en el déficit casi absoluto por aquel entonces en términos de investigación y sanción de este delito. Como se ha dicho desde la introducción, este déficit hoy está siendo mermado; el sistema judicial ha incorporado en su lenguaje las exigencias de este delito, pero subsisten los problemas dogmáticos principales, así como un déficit en las decisiones político-criminales que se requieren para la persecución del delito.

3. Sobre el sujeto activo

Uno de los temas más complejos e interesantes, no solo respecto al delito de desplazamiento forzado sino de otros delitos como la 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 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 solo por ciertos actores —llámense paramilitares, guerrillas o bandas de narcotraficantes—, quienes producen el 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 capaz de 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—.

4. Sobre el 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*”⁶. 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

6 Camilo Sampedro Arrubla, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, en *Lecciones de derecho penal parte especial*, 742 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá).

y de elegir, libremente, el lugar donde desea residir y permanecer; sin embargo, la conducta punible es esencialmente pluriofensiva.

El desplazado o los desplazados (pese a que la conducta puede configurarse con el desplazamiento de un solo individuo, suele presentarse de forma general, como se ha dicho, 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, 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 inconstitucional*, se configura alrededor del desplazado⁷.

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 hace referencia 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 de la palabra “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*”⁸. Todo esto en virtud del IV Convenio adicional de Ginebra de 1949, relativo a la protección de la población civil, suscrito por Colombia, el cual autoriza a la institución estatal correspondiente la posibilidad de permitir el traslado de dichas comunidades en razón a su seguridad o imperiosas razones militares. Esto implica, sin lugar a dudas, una justificación válida para ocasionar desplazamiento y, en esa medida, solo aquella

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004, 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

8 Senado de la República. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998. Gaceta del Congreso No. 185, 6 (1998).

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 de que se ocasione que uno o varios miembros de una población “*cambie 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 coactivos*” (independientemente de que se trate de delitos, en cuyo caso habría un concurso material).

Prácticamente en todos los casos que han sido instruidos por la Fiscalía, el desplazamiento o cambio de residencia tiene lugar como resultado final, por decirlo de esta forma, aunque puede ser simultáneo con 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 las autoridades estatales, los afiches con amenazas generales que se colocan en mercados, en lugares públicos, y actos arbitrarios sobre un territorio, son suficientes para que tenga lugar el desplazamiento como delito.

Nótese que el tipo penal no hace referencia, como verbo rector (y sí lo hace el artículo 159), a la palabra desplazar, sino al hecho de producirse un *cambio de lugar de residencia*. Sin embargo, el título general que trae el tipo penal es el del desplazamiento que, en consecuencia, se debe entender 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)⁹.

5. Las exigencias dogmáticas para la demostración del dolo para la imputación subjetiva de la conducta

Respecto al dolo exigido por el tipo penal se puede afirmar, como lo hace un autor citado anteriormente, que,

9 Ver, entre otras, el punto 3 de la parte VI de la Sentencia C-278 de 2007 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que la Corte realiza un recuento de los pronunciamientos más importantes de esta corporación sobre el tema.

(...) 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 (...) Aún cuando el agente no lo pretenda, estaremos en presencia de la conducta típica, por ser previsible su acontecer e indiferente el agente¹⁰.

Es decir, para que se configure el tipo penal es indiferente si la intención original del actor era, efectivamente, 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 “HH” por el desplazamiento forzado de un sindicalista, o de casos atroces que hoy son ventilados en los medios, de familias enteras perseguidas encarnizadamente por grupos irregulares. Incluso, en un mismo conjunto de hechos se puede producir desplazamientos imputables a título de dolo directo y de dolo eventual¹¹.

10 Camilo Sampedro Arrubla, op. cit., 742.

11 El caso de Ever Veloza, alias “HH”, 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 Basildes 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”. Es un caso que luego llegó a casación a la Sala Penal y mereció un estudio sin mucha fundamentación del magistrado ponente y, al contrario, se trata de una sentencia que agudiza la tendencia de derivar tipos penales ad hoc, cuando estos no existen, de tratados internacionales. Es una operación peligrosa que debe ser estudiada y evaluada. Ver, al respecto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 36828, 23 de noviembre de 2011. Magistrado ponente: Augusto Ibáñez.

B. Del tipo penal contenido en el artículo 159

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 Derecho Internacional Humanitario. 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 dentro de 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 Derecho Internacional Humanitario presuponen la existencia de un conflicto armado¹².

Lo primero que es necesario advertir, con relación a esta exigencia, es que para el sistema judicial o para el sistema disciplinario la interpretación del elemento normativo 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 discusiones que han tenido lugar a nivel del poder ejecutivo sobre la existencia o no del conflicto armado; sobre todo, en el caso del saliente poder ejecutivo. La discusión tampoco es ajena a las presiones del mismo poder ejecutivo sobre el sistema

12 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 bajo el supuesto en Colombia de una “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* (Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad – Adenauer, Bogotá, 2010).

judicial para que lo reconozca o no y para que, en vez de aplicar normas propias del Derecho Internacional Humanitario, 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 a 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 fundamental¹³. Este hecho anotado, además, se relativiza en la medida en que hoy se reconoce abiertamente la existencia y permanencia en el tiempo del conflicto armado interno. Es el centro articulador de la Ley 1448 de 2011, denominada Ley de Víctimas, y del acto legislativo que introduce un régimen constitucional de justicia transicional.

2. 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 fácticos que sin duda hacen prever la circunstancia precisa de la existencia de un conflicto armado o de hechos constitutivos del mismo. Con ello se evita que, por encima de la Carta Política, el respeto al derecho humanitario dependa justamente de que el poder ejecutivo, para citar un caso, reconozca su existencia o declare formalmente la existencia de una guerra civil (si no lo hace, no se aplicaría el derecho humanitario, aunque fácticamente existan 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 auto-representación de los actores, de las valoraciones que ellos mismos hagan de la situación y, sobre todo, de las víctimas que producen.

13 Ver, a propósito, el trabajo del autor en el cual se recogen todos los elementos reunidos por la jurisprudencia nacional —especialmente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia—, 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 81 *Derecho penal y criminología*, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. XXVII, 15-46 (2006).

Así, una persona es persona protegida, con independencia de que el poder ejecutivo o los actores armados, como señores de la guerra, lo digan. Es una condición que no depende de consideraciones valorativas de los actores inmersos en escenarios de confrontación.

Pero una vez se ha logrado aclarar cuestiones de principio sobre el DIH, es necesario acudir a fundamentos que son principalmente fácticos, pero que luego han sido positivizados a través de normas jurídicas, y que son aportados por el protocolo en mención y, en general, por el Derecho Internacional Humanitario.

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” —con ocasión y en desarrollo del mismo—, destaca la necesidad de probar la existencia de tres condiciones, a saber: (i) 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, etc.—; (ii) 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 (iii) 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 Derecho Internacional Humanitario)¹⁴.

Este es un hecho fundamental, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado: si por efecto de estas acciones concertadas, adelantadas durante largos periodos 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

14 Fiscalía General de la Nación. Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Despacho Diecisiete. Proceso No. 1668. Marzo 4 de 2004.

tumultos o desórdenes que no constituyen acciones de conflicto armado interno.

En el caso colombiano, por tradición, además, todos estos elementos concurren, por ejemplo, en las acciones de las guerrillas y, ahora, en pronunciamientos 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 se ha detectado su composición de mando, su presencia y dominio o disputa territorial, así como el que hubieren adelantado acciones concertadas sobre un territorio (además, por supuesto, de constatar las acciones permanentes de amedrentamiento contra la población civil que las soporta en territorios cooptados y privatizados).

3. 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 Derecho Internacional Humanitario. 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.

Prácticamente hasta el 2008 el tipo penal en alusión aún no había sido aplicado en el país. Los casos habían 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 en la que ella misma contiene todos los verbos rectores comprensivos en sí mismos.

Por ejemplo, la norma trae tres conceptos diferentes: 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 ir, como de hecho se hace, 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.

Sobre este tema hay que agregar que cada vez más, sobre todo en el proceso especial de Justicia y Paz, se aclara el tema relacionado con la aplicación del artículo 159. Fiscales, magistrados y, ahora, la Sala de Casación Penal, le dan contenido a esta norma. Por ejemplo, en Auto del 31 de agosto de 2011, la corporación debate la defensa del postulado que, sin criterio, estableció que el delito de desplazamiento forzado debía imputarse por vía del artículo 180, pues a su juicio, en razón a que *“el desplazamiento operó como consecuencia de los actos irregulares del grupo armado al margen de la ley, que exigió dinero al afectado y dio muerte a su hermana. Consecuente con ese origen y finalidad, debe tipificarse en el artículo 180 del C.P., que no por ilicitud común comporta menos gravedad”*. En primer lugar, no es un “ilícito común”, es un crimen internacional.

En segundo lugar, la defensa no elabora el contexto del conflicto armado y se enreda con hechos ocurridos en situaciones personales que, en todo caso, ocurren en contextos de conflicto armado. Con razón, entonces, concluye la Sala Penal: *“Vale decir, no es posible explicar el abandono que debió hacer la víctima de su lugar de domicilio y bienes, sin aludir al gobierno que en la zona ejercía el bloque Calima y la acusación que se hizo en contra de éste como auxiliador de grupos guerrilleros. No fueron razones personales de cualesquiera de los victimarios, o hechos aislados, por completo ajenos a la lucha territorial que en la zona se escenificaba entre paramilitares y subversivos, los motivos determinantes de la ilicitud, razón por la cual el hecho ha de adscribirse a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 599 de 2000”*¹⁵. Es, como se dice, una imputación correcta del delito en cuanto infracción al Derecho Internacional Humanitario.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 36125, 31 de agosto de 2011. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa.

II. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO COMO UN DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE

El hecho de que el delito que nos ocupa sea de ejecución permanente es fundamental para la imputación correcta del tipo penal de desplazamiento forzado, ya que la mayoría de hechos constitutivos del delito, tal como ha ocurrido en el marco de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, fueron cometidos en vigencia del Código Penal de 1980, en el cual no existía el tipo penal o 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 se ha adelantado este análisis, se realizarán 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, la cual 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”*¹⁶.

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”*¹⁷.

16 Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 329 (Madrid, 1990).

17 Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 237 (Granada, 1993). Esta consideración jurídica se corresponde exactamente con la sociología del delito. Se trata de una correspondencia de lenguaje, incluso: *“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”*. Édgar Forero, *El desplazamiento interno forzado en Colombia*, 4 (Washington

Aquí se enfatiza 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, indicando que

*(...) 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*¹⁸.

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”¹⁹.

Los ejemplos que los dos autores citados, tanto Roxin como Jescheck, agregan, son convencionales y aunque no comprenden los crímenes internacionales ilustran nuestra reflexión: detención ilegal, allanamiento de morada, conducción en estado de embriaguez, etc. Para nuestro caso, también serían delitos de ejecución permanente la desaparición forzada o el delito de reclutamiento ilegal.

Lo anteriormente señalado no pierde sentido incluso si el delito no es uno de mera actividad y, por ende, si se entiende que el desplazamiento forzado —artículo 180, por ejemplo—, exige que se

D.C. 2003). El desplazamiento forzado ha estado ligado a empresas masivas de expropiación de las tierras de los campesinos. Esa es una característica fundamental del mismo: estrategia de guerra como estrategia de apropiación de tierras.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 22813, 30 de marzo de 2006. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Es necesario aclarar que esta providencia tuvo lugar en el contexto del delito de inasistencia alimentaria y fue la que varió posturas de la Sala Penal anteriores, en la cual 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.

19 Liszt-Schmidt, *Tratado de derecho penal, II, Filosofía y ley penal*, 636 (Buenos Aires, 1964). Texto citado en la providencia anteriormente reseñada, p. 7.

“ocasiona” efectivamente el desplazamiento. Por eso, según Roxin, “los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico”²⁰. 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.

Una pregunta surge en este momento como fundamental, a saber: ¿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 aun, la víctima o 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 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 “HH”, 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

20 Claus Roxin, op. cit., 329.

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, etc.

Son temas para seguir reflexionando y respecto de los cuales la dogmática debe enriquecerse con estas nuevas exigencias de fundamentación. Debe decirse, igualmente, 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, en todo caso, así 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 actor²¹. Ello, incluso, si durante algunos periodos se entra en una especie de pausa o de interrupciones de los actos arbitrarios.

Es decir, no se requiere, para darse una voluntad del actor, 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*

21 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, independientemente 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, etc.

se hayan producido cortas interrupciones que en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado"²².

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*"²³. Se trata de un hecho clave para entender sociológicamente las formas en que se da el delito: la persona o personas desplazadas pueden seguir sufriendo amenazas en el lugar donde se encuentren, pueden agregarse nuevos actores, por ejemplo, cómplices, 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 y su integridad. No obstante, no se despliega una conducta para evitar ello, 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 relevante²⁴.

El caso de numerosas personas que se han desplazado y que, por decirlo así, no han sido desplazadas directamente, sino indirectamente y respecto de lo cual la imputación se haría a título

22 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, 859 (Buenos Aires, 2002).

23 Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 208 (Madrid, 1997).

24 Jakobs expone 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*, 208.

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 lo pueden hacer, no les es posible. La razón principal que ocasionó su desplazamiento —la violencia generalizada—, la presencia de actores ilegales, la para-estatalidad clara, se mantiene; de allí que la situación antijurídica persista.

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

Una vez se tienen elementos claros que permiten establecer que el desplazamiento es un delito de ejecución permanente, surge ahora un hecho central que debe ser resuelto en función de la implementación de fórmulas correctas de imputación de la conducta de desplazamiento forzado, preservando los principios centrales del derecho penal en el Estado de derecho, y es el hecho relacionado con las normas del Código Penal que deben ser aplicadas.

Como se ha dicho, una gran mayoría de hechos narrados por los desmovilizados ocurrieron antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal de 2000, con vigencia desde julio del 2001. De esta forma, la pregunta debe dirigirse al carácter mismo del delito, 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 de 2000).

Lo que primero debe aclararse es que en Colombia, tanto la legislación como la jurisprudencia han optado por la denominada *teoría de la acción* —consagrada en el artículo 26 del Código Penal, que se refiere al “tiempo de la conducta punible”—, la cual establece que “*la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél 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, los resolvieron acertadamente y con claridad, sin desconocer la fundamental prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, en su momento Welzel aseguraba 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”*²⁵. De igual manera, en Italia otro autor clásico hace 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 *“sólo en dicho momento puede desenvolverse la eficacia intimidativa que es inherente a la norma”*²⁶.

Por su parte, y más recientemente, Roxin da cuenta de la ley alemana similar en todo sentido al artículo 26 colombiano ya citado —donde se acentúa la aplicación de la *“ley que está vigente al momento del hecho”*—, concluyendo 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”*²⁷. 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’”*²⁸.

Así lo recalca, finalmente, Jescheck: en los *“delitos permanentes habría que ver si la situación antijurídica creada por el autor se*

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

26 Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal*, 92 (Uteha, Buenos Aires, 1960). 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 aquél se encontraba en vigor”*.

27 Claus Roxin, op. cit., 162.

28 Ibidem, 162.

*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*²⁹.

B. 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*”³⁰. Esta separación sería posible en los delitos continuados, lo cual quiere decir, en el caso del desplazamiento que nos ocupa, 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*”³¹.

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, bien sea a título de dolo directo o dolo eventual, en 1999, 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 viéndose afectada su autonomía, e inicia un itinerario oprobioso, propio de las circunstancias sociológicas que acompañan

29 Hans-Heinrich Jescheck, op. cit., 124.

30 Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., 821.

31 *Ibidem*, 821. Respecto a 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*”.

este delito. La persona se sitúa con su familia en la capital de un departamento, sigue huyendo durante todo el 2000; recibe, una vez ha sido ubicada al lado de otros desplazados, amenazas en las que se les dice que no puede regresar.

Dichas amenazas se producen a finales del 2000 y se reiteran de manera intermitente a lo largo del 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 lo puede hacer porque los actores siguen presentes en dicha zona y, en todo caso, no estarían seguras su vida y 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 de 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 no posibilidad de retorno—, originados después de julio, son actos que pueden ser imputados como propios del delito de desplazamiento. No se trata de aplicación retroactiva de la ley ni 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.

La preferencia por el término “actos” en vez de “acción” (que discurre en el tiempo y es difícil de probar o de constatar sociológicamente), por ejemplo, está confirmado en el artículo 84, inciso 2, ya citado, que se refiere, en términos de prescripción, al “último acto” perpetrado.

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

sigue consumando *hasta que se abandona la situación antijurídica*³². También Velásquez afirma 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*”³³.

Otra cosa distinta sería el siguiente caso: la persona es obligada a desplazarse contra su voluntad en el mismo año de 1999. En el 2000 es amenazada para que no regrese pero, luego de decisiones políticas de algún actor armado, este 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 del 2001. En este caso no se podría imputar, en 2008 o 2009, el delito de desplazamiento forzado. Todo ello, desde luego, 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, según el caso, agravado).

Tampoco podría imputarse el mismo delito si, antes de julio del 2001, la persona ha sido 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 poder comprender 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 desde el que se desplazó (se trata, desde luego, de una opción discutible, en la medida en que, incluso ubicada dignamente en otro territorio, la persona puede seguirse viendo o sintiendo 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).

32 Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 227-228 (7a. ed., 2005).

33 Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, 147 (3a. ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2007).

Ello supone, por supuesto, 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 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.

C. 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, y 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 en Colombia un término de prescripción para todos los delitos y se amplía cuando se trata de aquellos que constituyen el núcleo duro de la protección penal de derechos humanos, como es el caso del desplazamiento forzado³⁴. Al tiempo que se rescata lo anterior, en función de la lucha contra la impunidad de estos delitos, es fundamental el hecho de que exista un término de prescripción, ya que 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 debido³⁵. 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.

A su vez, el inciso sexto 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 (segundo y sexto) 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 público³⁶.

34 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. Ver, 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, 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* (Programa de Lucha contra la impunidad – Vicepresidencia de la República, 2008). El documento también se encuentra en la página web de la institución, en el contexto del Programa de Lucha contra la Impunidad.

35 En este sentido se pronuncia claramente la Corte Constitucional, en Sentencia C-229, 5 de marzo de 2008. Magistrado ponente: 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”*.

36 Al respecto, ha dicho la Sala Penal de Corte: *“el aumento de la tercera parte no se predica*

D. 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:

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*** (negritas fuera de texto).

Es importante recordar que, como quedó expresado anteriormente, 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 lo indicado con anterioridad acerca del carácter del delito en cuestión, como delito de ejecución permanente.

Por su parte, 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 formarían parte de otro proceso³⁷.

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, Proceso 20673, 25 de agosto de 2004. Magistrado ponente: Édgar Lombana Trujillo.

37 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, aún 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, Proceso 19915, 20 de junio de 2005. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

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. De ahí que 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. Sin embargo, tal como lo expresó la Corte Suprema, debe existir un límite a la investigación de los hechos por parte de 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, volviéndose estos actos posteriores en 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.

III. ¿SON LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD IMPRESCRIPTIBLES A NIVEL INTERNO?

Un hecho se ha tornado especialmente complejo hoy en día respecto al delito de desplazamiento, lo mismo que en relación general con todos aquellos delitos que, a nivel interno, pueden ser concebidos como delitos de lesa humanidad, o equivalentes a los mismos. Por ejemplo, el delito de desaparición forzada, en el caso colombiano, no es propiamente en el Código Penal un delito de lesa humanidad; respecto a él no se exige probar el “elemento contextual”, su carácter generalizado y sistemático. Además, el tipo penal no exige un sujeto activo calificado que sea un funcionario público —como lo es de manera más ortodoxa en el derecho comparado—.

No obstante, su estructura y su *telos* como tipo penal lleva a concluir que es equiparable a un delito de lesa humanidad, como lo hace el artículo 180, referido al desplazamiento forzado. Pero, ¿quiere esto decir que sean delitos imprescriptibles? A juicio del autor de este texto, no lo son, se trata de una peligrosa tendencia en el derecho público de la jurisprudencia penal interna, que ha homologado en el derecho interno, por vía de una interpretación

radicalizada y anti-técnica del “bloque de constitucionalidad”, las consecuencias que existen para estos delitos, en el ámbito internacional, donde ciertamente lo son, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Pero justamente en el proceso de adopción del Estatuto en el derecho interno, particularmente en el examen que adelantó la Corte Constitucional del acto aprobatorio del tratado, dicha corporación tuvo mucho cuidado en separar las materias que eran reguladas de manera disímil por el Estatuto y por la Constitución Política de Colombia, de forma tal que, expresamente, aquellas figuras con tratamiento diferente quedan amparadas constitucionalmente solo en el ámbito de regulación del Estatuto de Roma.

Es decir, y de hecho así quedó incorporado el Estatuto en la Carta Política, no se trata de que las regulaciones diversas primen sobre el derecho interno, por ejemplo el caso de la prescripción, sino que la imprescriptibilidad solo puede predicarse del ámbito de regulación del Estatuto. De esta forma, si un criminal de guerra colombiano, por ejemplo, no es juzgado en el país, y se dan las razones para la complementariedad de la Corte Penal Internacional, sus crímenes cometidos sí son imprescriptibles ante dicha Corte, mas ello no hace que en el derecho interno, de manera automática, lo sean. Lo mismo sucede con temas de fuero, etc. Dice así el segundo inciso del artículo 93 reformado:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Pero lo que viene sucediendo erróneamente en el país es que, por vía jurisprudencial o por decisión de la Fiscalía, algunos casos

dramáticos, por su extrema complejidad, por el hecho de que en ellos estén involucrados actores de la política nacional (bien por ser víctimas o bien por ser eventualmente responsables), o por tratarse de casos difíciles de narcotráfico, se convierten, sin serlo, en delitos de lesa humanidad y esto se utiliza, por ejemplo, para evitar la prescripción de los mismos. Es decir, opera un decisionismo en doble vía: de un lado, se convierten en delitos de lesa humanidad y, del otro, se los convierte en delitos imprescriptibles y así se cubren falencias complejas para investigar y sancionar estos delitos. Es un error, incluso si se trata de aquellos delitos que sí constituyen delitos de lesa humanidad. El artículo 28 de la Carta Política establece lo siguiente: “*En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles*”.

De otra parte y como se vio, el artículo 82 del Código Penal, que hace referencia a las causales de extinción de la acción penal, en el numeral cuarto, concibe la prescripción como una de las causales. Y precisamente para aquellos delitos que son especialmente graves, entre los cuales está el desplazamiento forzado, el artículo 83, segundo inciso, establece un tiempo de prescripción ampliado y que tiene que ser suficiente para que un sistema judicial investigue y sancione estas conductas.

De esta forma, ni la Constitución Política, ni el Código Penal colombiano, establecen delitos que sean imprescriptibles; un tratamiento diferente solo es viable en el ámbito del tratado, como es el caso del Estatuto de Roma, ello relacionado con la acción penal. En lo que sí puede haber discusión eventualmente es respecto a la prescripción de la pena, ya que el artículo 89, al establecer la prescripción de la sanción penal, aclara que “*la pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en los tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico interno*”. Es decir, aquí sí se hace la salvedad y habría que hacer una interpretación de acuerdo con la prescripción a nivel internacional.

Pero en los casos comentados, donde obra el decisionismo judicial, se trata de la acción penal, no de la pena. Así, se puede concluir que en Colombia la acción penal no prescribe y que incluso con la lectura del texto constitucional se puede decir que no hay penas irredimibles o imprescriptibles y que, por lo tanto, esta obraría para el delito de desplazamiento forzado que también prescribe.

Por ello, la exigencia dogmática con este delito es establecer las pautas y los contextos en los cuales se sigue agotando, continúa violando el bien jurídico o se perpetúa el injusto de la conducta, y no en hacer malabares sobre imprescriptibilidad, contrarios a la legalidad, para desconocer la prohibición de retroactividad. Estas son las verdaderas exigencias.

Ahora bien, no obstante lo dicho, el tema no es pacífico y hay que reconocerlo: la misma Corte Constitucional ha participado del tema, aunque respecto, justamente, al hecho mismo de la prescripción, la Corte, en comunicado de prensa, se refirió a una providencia que, hasta la fecha de redacción de este trabajo (junio del 2012), no había sido aún emitida en su redacción final. En este caso, respecto al artículo 29 del Estatuto que regula la imprescriptibilidad, la Corte se declaró inhibida, pues a su juicio se trató de una demanda mal elaborada en la que se pretendía establecer una especie de inconstitucionalidad de la legislación penal interna, respecto a su comparación directa con el Estatuto, método desde luego discutible, pero que haría parte del refuerzo de una tendencia de uso radical de bloque de constitucionalidad. De hecho, la Corte Constitucional, en el comunicado, introduce el tema explicando que algunos artículos del Estatuto harían parte del bloque.

Pero incluso en este comunicado, en el cual la Corte hace referencia a providencias anteriores donde se abordan temas semejantes, la corporación parecería volver al punto de partida, que ha sido recalcado en este escrito: *“En conclusión, a juicio de la Corte, si bien en un comienzo pudiera considerarse que el ciudadano logró estructurar una argumentación mínima del cargo de inconstitucionalidad, lo que procede es un fallo inhibitorio, por cuanto en los términos de la sentencia C-578/02, reiterada en el fallo C-666/08, el artículo 29 del Estatuto de Roma configura un tratamiento diferente, aplicable únicamente al ámbito competencial de la Corte Penal Internacional”*. Consideramos que el debate está abierto, no obstante en estricto derecho penal no hay imprescriptibilidad de estos crímenes en cuanto a la acción penal y ello tiene respaldo legal y constitucional.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se observa en este escrito, se trata de un tema extremadamente complejo, con amplias exigencias tanto dogmáticas como político-criminales. Hoy, además de los desafíos expuestos, surgen otros cuyo estudio excede el espacio previsto en este trabajo y de los cuales el autor se viene ocupando: por ejemplo, las nuevas exigencias derivadas de la Ley de Víctimas que, siendo un estatuto normativo que desdramatiza, desde el punto de vista penal, el carácter de víctima, y lo establece con independencia de los procesos penales, contiene un conjunto de normas sobre desplazamiento que es necesario interpretar de manera coherente con todo lo expuesto y, además, en función del despojo, hecho fundamental ligado justamente a políticas de desplazamiento; también la posible responsabilidad de funcionarios públicos, ligados a empresas de despojo, no solo referidas en sí a delitos contra la administración pública sino también directamente relacionados con el delito base, que es el desplazamiento forzado. Son temas, pues, que hacen cada vez más exigente la imputación de este delito, pero, por ello mismo, más interesante y pertinente su estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá (2010).
- , *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico No. 1. Observatorio Internacional de ddr y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá (2009).
- , *Colombia*, en *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, 159-211, K. Ambos, E. Malarino & G. Elsner, Eds., Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo (2008).
- , *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*, Programa de Lucha contra la impunidad – Vicepresidencia de la República (2008).
- , *Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, 81 *Derecho penal y criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia*, vol. XXVII, 15-46 (2006).
- , *Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano*, en *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos & Ezequiel Malarino, Eds., Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Internacional de Friburgo – Fundación Konrad Adenauer, Montevideo (2003).
- Édgar Forero, *El desplazamiento interno forzado en Colombia*, Kellogg Institute – Ideas para la paz, Washington, D.C. (2003).
- Camilo Sampedro Arrubla, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*, en *Lecciones de derecho penal parte especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 742.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, Editar, Buenos Aires (2002).
- Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal*, Uteha, Buenos Aires (1960).
- Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellín (2007).
- Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid (1997).
- Hans Welzel, *Derecho penal alemán, Parte general*, trad. de la 11a. ed. en alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (1970).
- Jürgen Baumann, *Strafrecht I*, Tübingen (1960).
- Liszt-Schmidt, *Tratado de derecho penal, II, Filosofía y ley penal*, Buenos Aires, 636 (1964).

Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Ripertor, (2005).

Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid (1990).

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004, 22 de enero de 2004.

Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-229 de 2008, 5 de marzo de 2008.

Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 36125, 31 de agosto de 2011.

Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 36828, 23 de noviembre de 2011. Magistrado ponente: Augusto Ibáñez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 22813, 30 de marzo de 2006.

Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 19915, 20 de junio de 2005.

Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 20673, 25 de agosto de 2004. Magistrado ponente: Édgar Lombana Trujillo.

Documentos jurídicos

Fiscalía General de la Nación. Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Despacho Diecisiete. Proceso No. 1668. Marzo 4 de 2004.

Senado de la República. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 998. Gaceta del Congreso No. 185 (1998).

