

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR

SHAHIDA BEGUM
SMITA SHAH
Wafa SHAH

GARDEN COURT INTERNATIONAL, GARDEN COURT CHAMBERS, LONDON WC2A
3LJ

Y

DRA. FATIMA KOLA, PHD

Y

DRA. SILVIA BORELLI
DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BEDFORDSHIRE

PRESENTADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SALA DE
CASACIÓN PENAL, PALACIO DE JUSTICIA, PLAZA BOLIVAR, BOGOTÁ

CON RESPECTO A LA APELACIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,
RECURSO DE LA SALA PENAL, CASO RADICADO: 2009 00015 01
PROCESADOS: ORLANDO ESPINOSA BELTRÁN, JORGE HUMBERTO MILANES Y
OTROS

Y CON RESPECTO A LA SENTENCIA DICTADA EN MEDELLIN, EL 5 DE JUNIO DE
2012

ENERO 2013

CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	3
2. QUIEN SON LOS AMICI	4
3. EL MARCO MÁS AMPLIO: VÍNCULOS ENTRE LA BRIGADA 17, LOS PARAMILITARES Y VICTIMIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PAZ	5
a) LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	6
b) LOS MECANISMOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS	10
4. DERECHO PENAL INTERNACIONAL	12
a) EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA	13
b) RESPONSABILIDAD DE MANDO	17
c) CONSPIRACIÓN	20
5. TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE COLOMBIA	21
6. COMPARATIVA CON EL DERECHO PENAL INGLÉS	23
a) EMPRESA CONJUNTA	23

I INTRODUCCIÓN

1. Este informe Amicus es presentado respetuosamente ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia en relación con la sentencia dictada por la Cámara de Apelación Penal del Tribunal Superior de Antioquia el 5 de junio de 2012, relativa a la masacre de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.
2. Dicha sentencia es objeto de un recurso de casación por el Foro Popular con respecto a la absolución del resto de los acusados, concretamente, el coronel Orlando Espinosa Beltrán, el mayor José Fernando Castaño López, Henry Agudelo Cuasmayan Ortego, Ricardo Bastidas Candia, Angel Maria, Ángel María Padilla Petro y Sabaraín Cruz Reina a pesar de las condenas subsiguientes de Alejandro Jaramillo Giraldo, Jorge Humberto Milanés Vega, Darío José Brango Agamez y Edgar García Estupiñán.
3. Con el fin de ayudar al tribunal en sus deliberaciones, trataremos de considerar lo siguiente:
 - a) ¿Cuál es el contexto más amplio dentro del cual tuvo lugar la masacre de 8 civiles en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y
 - b) Si las consideraciones de la empresa criminal conjunta y de la tortura y actos crueles e inhumanos y otras disposiciones pertinentes permiten que la Corte pueda encontrar responsabilidad penal en el resto de los acusados. Es a la luz de esto que, en opinión de los Amici, la responsabilidad penal se puede extender a todos los acusados.
4. Lo hace teniendo en cuenta el marco más amplio con el que ver la historia de la Comunidad de Paz y la masacre, a continuación el Derecho Penal Internacional, las obligaciones de Colombia bajo el Derecho Internacional sobre la Tortura y los Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes y por último una comparativa con el derecho penal inglés.
5. Los Amici somos conscientes de que el asunto ante el tribunal está sujeto a un desacuerdo de carácter fáctico entre las partes de la apelación. Este amicus se abstendrá de invitar a la corte a sacar conclusiones fácticas.

II QUIEN SON LOS AMICI¹

6. Este informe Amicus ha sido elaborado por un equipo de abogados dirigidos por Smita Shah y se compone de: Shahida Begum y Wafa Shah (miembros del Garden Court International Law y el Equipo Asesor; una parte del Garden Court Chambers con sede en Londres); Fatima Kola (Doctorada en Derechos Humanos Derecho Internacional por la Universidad de Londres); y la Dra. Silvia Borelli, Directora de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bedfordshire. Los perfiles de los abogados del Garden Court Chambers pueden encontrarse en: www.gardencourtchambers.co.uk/barristers/index
7. Garden Court Chamber con sede en Londres es uno de los principales despachos de abogados multi-disciplinarios. Se compone de aproximadamente 140 abogados, muchos de ellos líderes en sus campos. Cuenta con las siguientes áreas de práctica jurídica: delincuencia, familia, vivienda, inmigración, civil en general y derecho internacional. Garden Court Chambers es bien conocido por su trabajo y dedicación a la asistencia jurídica, los derechos humanos y la justicia social, tanto en el Reino Unido como internacionalmente. Los miembros del equipo de Derecho Internacional y el Equipo Asesor han trabajado en los Tribunales Penales Internacionales de la antigua república Yugoslava y de Sierra Leona como asesores legales; para organizaciones de las Naciones Unidas como UNICEF y ACNUR y han aparecido de forma regular en los foros regionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
8. La Dra. Silvia Borelli, completó su doctorado en Derecho Internacional en la Universidad de Milán. Ella es la Directora de Investigación y la profesora principal de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bedfordshire. Ha publicado ampliamente sobre el tema de la protección de los derechos humanos en el contexto de las operaciones de lucha contra el terrorismo y las operaciones militares. La Dra. Borelli también es profesora visitante en Derechos Humanos en el King's College de Londres e investigadora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Parma, Italia. Ha participado en la presentación de escritos amicus curiae e intervenciones de terceras partes en varios casos de alto perfil nacional e internacional, incluso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Con especial agradecimiento a Richard Bennett, Director del departamento de Inmigración del despacho de abogados ITN Solicitors.

III. EL MARCO MÁS AMPLIO: VÍNCULOS ENTRE LA BRIGADA 17, LOS PARAMILITARES Y VICTIMIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PAZ

9. Los hechos básicos de la masacre perpetrada sobre los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, concretamente, sobre el Sr. Eduardo Guerra Guerra, su hijo de 11 años; Deiner Andrés Guerra Tuberquia y su socio Benyanira Areiza, de 17 años de edad; la familia del Sr. Alfonso Bolívar Tuberquia Graciano, su esposa Sandra Milena Muñoz Pozo y sus niños Natalia de 5 años de edad y Santiago Tuberquia Muñoz de 2 años de edad; así como el Sr. Alejandro Pérez Castaño, son bien conocidos por el tribunal y el amicus no los describirá.

10. El Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Casación Penal de donde proviene el recurso actual, consideró el contexto más amplio de los crímenes cometidos, concretamente, en dos aspectos: en primer lugar, de forma específica hizo referencia al hecho de que la comunidad ha sido objeto de medidas cautelares por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 2004, hechas efectivas por la sentencia T 327 del 15 de abril de 2004 por la Corte Constitucional de Colombia. En segundo lugar, en términos generales, el terror infligido y ampliamente conocido por ser infligido a la población civil de Colombia por las actividades de los grupos paramilitares y una mayor responsabilidad por los miembros de las fuerzas armadas por ello.

11. Es la respetuosa opinión de los amici que el marco con el que ver el contexto en el que estos crímenes ocurrieron puede y debe ser considerado con una mayor profundidad; la situación de extremo peligro a la que se enfrentaron los civiles de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (“La Comunidad de Paz”) ha sido objeto de una serie de decisiones e informes de los órganos internacionales de vigilancia de los derechos humanos, tanto a nivel regional como mundial. Estos órganos internacionales han documentado de forma clara y repetida las violaciones ocurridas en el pasado, incluso a manos o con el apoyo, aquiescencia o complicidad de los miembros de las fuerzas armadas colombianas, en particular la Brigada 17 y la Policía Nacional. También han llamado la atención a las autoridades colombianas sobre sus obligaciones de proteger a los miembros de la comunidad de posibles ataques contra sus vidas, integridad física, libertad personal y la propiedad, independientemente de los autores de esos ataques.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

12. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dictado repetidamente decisiones desde el año 1997 en relación con la situación de la Comunidad de Paz. El gran número de resoluciones sobre medidas provisionales que han sido adoptadas por la Corte en los años intermedios, así como la extensión de las personas cubiertas por las medidas provisionales², evidencian la gravedad de los riesgos a los que se enfrentaba la población de la Comunidad de Paz. En sus resoluciones, la Corte apunta con un mayor énfasis el fracaso continuo de las autoridades colombianas para cumplir y adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los miembros de la comunidad, así como un patrón de acoso cada vez mayor a personas asociadas a la comunidad, es decir, los proveedores de servicios, que se convirtieron en beneficiarios de las medidas provisionales de protección del año 2002³, y los abogados asistiendo y representando a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó⁴.

13. En diciembre de 1997, la Comisión Interamericana solicitó a las autoridades colombianas que adoptaran medidas cautelares a favor de los habitantes de la Comunidad de Paz de Apartadó⁵. Al solicitar la adopción de medidas cautelares, la Comisión tomó nota de que 43 miembros de la comunidad habían sido asesinados desde que los habitantes de la Comunidad habían declarado su neutralidad en marzo de 1997⁶. *Asimismo, hace referencia a los incidentes que ocurrieron dando como resultado con la desaparición de civiles en un área “a corta distancia” de la*

² Ver Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_03_ing.doc; la Resolución de la Corte Interamericana de 17 de noviembre de 2004, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_041.doc; la Resolución de la Corte Interamericana del 15 de marzo de 2005, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_051.doc; la Resolución de la Corte Interamericana del 2 de febrero de 2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_06_ing.doc; la Resolución de la Corte Interamericana de 17 de diciembre de 2007; la Resolución de la Corte Interamericana del 30 de agosto de 2010.

³ La Resolución del 18 de junio de 2002, *supra*, teniendo en cuenta el párrafo 11 y el párrafo 2.

⁴ Ver Resolución del 2 de febrero del 2006, *supra*, teniendo en cuenta el párrafo 19

⁵ La solicitud de la adopción de medidas provisionales se dictó el 17 de diciembre de 1997; véase el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997, “Medidas cautelares otorgadas o extendidas por la Comisión en 1997”, disponible en <http://www.cidh.org/medidas/1997.eng.htm>. En la misma fecha, la Comisión también dictó medidas cautelares específicamente en relación con la Sra. Gloria Isabel Cuartas Montoya, la ex alcaldesa de Apartadó, y su familia, y señalando que ella “había sido objeto de amenazas y actos de hostigamiento como represalia por las acusaciones que ella, como alcaldesa, había hecho durante su mandato en contra de las actividades de la guerrilla y los grupos paramilitares que apoyaban al ejército. Puesto que su mandato ha llegado a su fin, el peligro para su vida e integridad personal ha empeorado” (ibid).

⁶ Véase *ibid*

base militar donde se encontraba la Brigada 17 del Ejército Nacional en aquel momento⁷. Posteriormente, en octubre de 2000, señalando que las autoridades colombianas habían fallado en adoptar las medidas necesarias para detener la violencia desatada “contra los miembros de la comunidad y los actos de hostigamiento que grave y continuamente amenazaban el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas protegidas”,⁸ la Comisión Interamericana, en nombre de los habitantes de la Comunidad de Paz, solicitó a la Corte Interamericana que dictara medidas provisionales para proteger la vida y la integridad personal en espera de la consideración de la solicitud por la Comisión⁹. En su comunicación a la Corte, la Comisión señaló que los miembros de la Comunidad de Paz “habían sido objeto de graves actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares en la zona”, de los cuales los miembros del Ejército colombiano también serían responsables¹⁰. Varios de los incidentes detallados en el escrito de la Comisión ante la Corte presuntamente involucra a miembros de la Brigada 17 del Ejército Nacional, los cuales habían sido responsables, a veces en colaboración con los paramilitares, por los actos de hostigamiento, golpes, intimidaciones y amenazas contra los miembros de la Comunidad de Paz desde diciembre de 1997 a abril de 1998.¹¹ La Comisión también destacó una serie de denuncias contra paramilitares de las AUC¹².

14. En su resolución del 24 de noviembre de 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta la afirmación de la Comisión de que muchos miembros de la Comunidad de Paz tenían miedo a la estigmatización y no queriendo ser identificados por miedo a represalias¹³, amplió el ámbito de aplicación de las medidas cautelares para cubrir a todos los miembros de la Comunidad. Con respecto a esto, la Corte reconoció que la Comunidad de Paz “constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que,

⁷ *Ibid.*

⁸ *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 9 de octubre del 2000, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_01_ing.doc (Resolución del Presidente, 9 de octubre del 2000).

⁹ Caso Núm. 12.325

¹⁰ Véase Resolución del Presidente, el 9 de octubre del 2000, *supra*, *habiendo visto* párr. 2

¹¹ Véase *ibid.*

¹² Véase *ibid.*

¹³ En la audiencia ante la Corte, la Comisión señaló que “su esfuerzo (...) para identificar a un número de miembros de la Comunidad con el fin de presentar la solicitud de medidas provisionales le llevó a presentar una lista de 89 personas, pero no está completa, ya que “la gran mayoría de los miembros de la Comunidad tienen miedo a la estigmatización y miedo a la violencia que resulta de esta estigmatización, y ésta es la única razón por la que no han autorizado que sus nombres fueran conocidos” y el auto del 24 de noviembre de 2000, *habiendo visto* el párr. 9 (i)

por el hecho de pertenecer a dicha comunidad, todos sus miembros se encuentran en una situación de riesgo similar de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y de sus vidas”¹⁴. En este pasaje clave de la Resolución, el Tribunal aceptó inequívocamente la tesis defendida por la Comisión en la cual existe una dimensión geográfica de la Comunidad de Paz, como también una personal; dado que la Comunidad de Paz puede ser identificada por sus miembros y por su ubicación. Toda la Comunidad está potencialmente en riesgo¹⁵. En consecuencia, la Corte, mientras confirma las medidas de protección en favor de las personas nombradas en la Resolución del Presidente de 9 de octubre, también ordenó a Colombia “extender, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger las vidas e integridad personal de todos los demás miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó”¹⁶.

15. Además, las Resoluciones de la Corte revelan el alcance de la actividad armada y hostil entorno a la Comunidad de Paz y el hecho de que los miembros de la comunidad no están protegidos de la violencia que se deriva de estas actividades, sino que son objeto de los abusos cometidos por los miembros de los grupos armados que operan en la zona, incluidos los miembros de las fuerzas armadas colombianas¹⁷. Por ejemplo, en la resolución adoptada en 2004, sólo unos meses antes de los hechos objeto de la presente apelación, el Tribunal señaló que, sobre la base entre otras cosas, de la información proporcionada por la Comisión Interamericana, “durante la vigencia de estas medidas provisionales (...), los miembros de la Comunidad de Paz continúan siendo objeto de amenazas, hostigamiento, intimidaciones, estigmatización, robos, detenciones arbitrarias,

¹⁴ *Ibid* teniendo en cuenta el párr. 7

¹⁵ *Ibid* teniendo en cuenta el párr. 7

¹⁶ *Ibid*. Párr. 3

¹⁷ Como se ha señalado más arriba, ya la Decisión del Presidente del 9 de octubre de 2000 y la primera Resolución de la Corte, dictada el 24 de noviembre de 2000, enumera una serie de incidentes en los que estaban implicada la Brigada 17 del Ejército Nacional y alegó colusión del Ejército Nacional con los paramilitares en el período comprendido entre diciembre de 1997 y septiembre del 2000. Otras alegaciones de connivencia y la participación de miembros del Ejército en abusos contra los residentes de la Comunidad aparecen de las resoluciones adoptadas por la Corte en los años siguientes. Véase, por ejemplo, la Resolución del 2006, párrafo 13 (d), donde el Tribunal de Justicia señaló que, en el período entre el 19 de febrero y el 24 de junio de 2005, “ocurrieron una serie de incidentes en relación con la llegada de las unidades del ejército en algunos caseríos de San José de Apartadó y con la acción tomada según los informes por ejército y los oficiales de policía”, la Resolución de 17 de noviembre de 2004, supra, presenta los resultados de la Comisión que “continúa el estricto control del ejército en el casco urbano de San José de Apartadó, la detención y tortura de campesinos de la zona acusados de guerrilleros, los actos de intimidación y el chantaje a testigos por parte de la Fuerza Pública y los grupos paramilitares, las amenazas a los miembros del Consejo Interno de la Comunidad de Paz, el desplazamiento forzado de familias, los retenes y el control paramilitar en la carretera y en la terminal de Apartadó y el robo de los bienes de los miembros de la Comunidad. [...]” Después de haber visto el párr. 10 (a). Véase también la Resolución de 15 de Marzo de 2005, supra, detallando las detenciones arbitrarias y abusos contra los miembros de la Comunidad perpetrada por soldados del Ejército Nacional (véase, en particular, después de haber visto el párrafo 9 (a)-(e)

tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, asesinatos y desapariciones forzadas a manos de la Fuerza Pública y de grupos paramilitares, que a su vez han ocasionado el desplazamiento de numerosas familias [...], todo eso a pesar de que el propósito fundamental de la adopción de estas medidas es la protección y preservación eficaces por parte del Estado de la vida e integridad personal de los integrantes de la Comunidad de Paz, así como de las personas que tengan un vínculo de servicio con dicha Comunidad”.¹⁸

16. Algunos puntos emergen: en primer lugar, existe una historia ya en 1997 de denuncias e incidencias que ya indican un complot, aquiescencia o actos simples de violencia por parte de los miembros de las fuerzas armadas, en particular en la Brigada 17. En segundo lugar, la Comisión en sus recomendaciones a la Corte acepta estas acusaciones como creíbles y suficientes para sugerir un caso *prima facie* que se conforma por un riesgo grave de un daño irreparable a manos de los paramilitares e incluso de las fuerzas armadas, en particular, de la Brigada 17. Por último, la Comunidad de Paz de San José de Apartadó fue muy conocida, vocal, visible y se podía identificar claramente su ubicación geográfica, así como sus miembros. Por lo tanto, las conclusiones pertinentes que el Tribunal podría extraer serían las siguientes:

- a) No es de extrañar que mientras el ejército y los paramilitares patrullaban se encontraran con civiles desarmados, dada la ubicación geográfica de su patrulla. La Corte podrá considerar si esto fue abordado adecuadamente en la planificación de la operación por los que estaban al mando.
- b) Dada la historia de presuntos vínculos y estrecha asociación que han seguido los paramilitares y la Brigada 17 en la zona, no es de extrañar que el ejército se encontrara con los paramilitares mientras patrullaban y luego accediera a patrullar con ellos, y
- c) No resulta exagerado inferir que la expresión de miedo, incapacidad para actuar y la infelicidad al patrullar con los paramilitares era poco sincera o tal vez incluso más moderada de lo sugerido¹⁹

17. Además, el incumplimiento por parte de las autoridades colombianas, incluidas las

¹⁸ Resolución del 17 de noviembre de 2004, *supra*, considerando el párr. 12. Véase también, en términos casi idénticos, la Resolución del 15 de Marzo de 2005, considerando el párr. 17.

¹⁹ Cabe señalar que el Tribunal Superior de Antioquia toma nota del hecho de que los soldados subordinados a los comandantes del pelotón no podían hacer otra cosa que parecer descontentos, obedecer y esperar nuevas órdenes. Vale la pena recordar que a pesar de la cadena de mando, los soldados individualmente tienen la obligación de no obedecer órdenes manifiestamente ilegales u órdenes que les lleven a prever una situación en la que puedan acabar cometiendo actos delictivos, en virtud del derecho penal internacional. La defensa de la obediencia debida no ha sido una defensa legítima desde los Tribunales de Núremberg.

autoridades militares, en la toma de medidas significativas para proteger la vida e integridad personal de los civiles de la Comunidad de Paz, se desprende claramente de las distintas Resoluciones de la Corte y de los subyacentes resúmenes de la Comisión. Meses antes de los hechos que llevaron a la masacre en febrero de 2005, la Comisión señaló, en una comunicación a la Corte otra vez *“constantemente señalamientos por parte de la Fuerza Pública y por las reiteradas denuncias sobre acciones y omisiones que posibilitan el accionar de grupos paramilitares en la zona, [así como por] la falta de avance en las investigaciones”*.²⁰

18. Como consecuencia de ello, no podría haber habido ninguna duda de que, a juicio de la Corte, teniendo en cuenta las circunstancias, las obligaciones de Colombia bajo la Convención Americana requerían que las patrullas conjuntas no deberían haberse llevado a cabo, y que posteriormente, después de los hechos ocurridos, se requería de una adecuada investigación y el enjuiciamiento de todos los responsables a fin de evitar la impunidad.

19. En este último sentido, la obligación de evitar impunidad requiere que los responsables a todos los niveles deben rendir cuentas. Las palabras de la Corte Interamericana en un caso relativo a una situación similar son especialmente relevantes; en la Masacre de Mapiripán, un asunto relativo a una masacre similar de civiles en manos de un grupo paramilitar, la Corte observó que (...) este tipo de operación no podía ser pasado por alto por los altos mandos militares en el área en la cual los paramilitares se movían. Alguno de los hechos respecto a la planificación y ejecución de la masacre se incluyen en el reconocimiento estatal de responsabilidad y, aunque algunos de los responsables de la masacre han sido condenados, todavía existe una impunidad generalizada en el presente caso, desde el momento en que la verdad de todos los hechos no se ha establecido y no todos los autores intelectuales y materiales han sido identificados.²¹

Las Naciones Unidas

20. Desde hace varios años los mecanismos de Naciones Unidas para la protección de los Derechos Humanos y la oficina del Alto Comisionado representada por su oficina en Colombia han expresado su preocupación por la gravedad de las violaciones en Colombia. El tribunal, sin ninguna duda, será consciente del fenómeno de “Falsos Positivos”, que ha llamado la atención del Relator Especial

²⁰ Resolución de 17 de noviembre de 2004, *supra*, párr. 2.

²¹ Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005; I / ACTHR, Serie C No. 134, párr. 236

sobre Ejecuciones Extrajudiciales, quien informó sobre esta cuestión en el 2009²² y desde entonces, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional mantiene una actitud vigilante en los procesos judiciales en Colombia²³.

21. Sin embargo, la preocupación de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas con respecto a los vínculos entre las fuerzas armadas de Colombia y los paramilitares ha existido desde hace tiempo. Haciendo eco de las primeras medidas cautelares adoptadas por el mecanismo regional, el Comité de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos instó en sus observaciones finales en 1997, a Colombia a investigar y castigar el apoyo dado por los miembros de las fuerzas armadas a los paramilitares²⁴. En 2004, estas preocupaciones se incrementaron haciendo que el Comité que dictara lo siguiente: “El Comité también expresa su preocupación acerca de los vínculos que implican extensas violaciones de los artículos 6, 7 y 9 del Pacto entre, por un lado, elementos de las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad del Estado y, por el otro lado, los grupos paramilitares ilegales²⁵.”

22. Junto a estas preocupaciones se añadían las de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con oficina de representación en Bogotá, Colombia, la cual en su informe de 2006, destacó la masacre contra la Comunidad de Paz en febrero de 2005. Señalaron que las investigaciones judiciales sobre la masacre fueron objeto de dos ataques en el transcurso de su trabajo²⁶.

23. En una nota aparte pero reveladora, señalan en el párrafo 66, “la persistencia de las alegaciones que se hacen con respecto a los miembros de las fuerzas de seguridad, en particular el ejército, por no respetar el principio humanitario de distinción, que afectaron a personas civiles y sus bienes. Estas situaciones reflejan

²² Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias. Ejecuciones misión a Colombia, de fecha 31/03/10, A/HRC/14/24/Add.2

²³ Su informe OPT en Colombia: Informe provisional de noviembre de 2012 notas en el apartado 121 de la página 38 en la que el ejército trató de interferir en la investigación, tratando de pasar la culpa a los paramilitares, sobornando a testigos y hace esto en el contexto de los “falsos positivos” fenómeno que ella observa que puede constituir un crimen de lesa humanidad y de hecho el Tribunal Superior de Apelaciones observa los intentos de soborno por parte de oficiales a testigos para culpar de la masacre a la guerrilla.

²⁴ CCPR Observaciones Finales, CCPR/C/70/Add. 76, 03/05/97. En el párrafo 17. El Comité está profundamente preocupado por la evidencia de que los grupos paramilitares reciben apoyo de los miembros de las fuerzas armadas. Y en el párrafo 31. El Comité recomienda firmemente que el apoyo dado por los militares o fuerzas de seguridad a los grupos paramilitares y las operaciones sean investigados y sancionados, que se tomen medidas inmediatas para dismantelar los grupos paramilitares...

²⁵ En el párrafo 12 en el CCPR Observaciones Finales, 26/05/04, CCPR/CO/80/COL

²⁶ En el párrafo 38 de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Oficina de Colombia, Informe 16/05/06, E/CN. 4/2006/09 y en el párrafo 33 del Anexo III, en la página 50.

el fracaso de los líderes militares para tener en cuenta debidamente los principios humanitarios a la hora de planificar y ordenar operaciones militares. En varias ocasiones, el principio de distinción se ha vulnerado a través de la estigmatización de la población civil por parte de las autoridades. Ejemplos de esto se reflejan, entre otras cosas, en el Caquetá, San José de Apartadó (Antioquia) y en Arauca.”²⁷

24. Teniendo en cuenta la gran cantidad de medidas cautelares dictadas por una cada vez más agitada Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Colombiano, es triste observar que la masacre de la Comunidad de Paz era evitable y que las conclusiones de 2006 de los representantes de la Oficina del Alto Comisionado en Colombia fueron trágicamente correctas. La Corte Suprema no puede estar segura de que los responsables de planificar y ordenar la operación militar, ni los responsables de su ejecución cumplieron con un grado suficiente su deber de distinguir a los civiles, y los amici presentados, y con un deber mayor con respeto a la Comunidad de Paz.

IV. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

25. Los amici aprovechamos esta oportunidad para llamar la atención a la Corte Suprema sobre la legislación internacional relevante y comparable. Es evidente que los amici no buscarían hacer comentarios sobre el contenido o la interpretación de los tribunales o de los hechos discutidos. Toman nota de la documentación presentada por los recurrentes que trata estos asuntos.

26. Debido a la naturaleza de esta masacre y la atención mundial que recibió, acontecimientos simultáneos en el derecho penal internacional pueden proporcionar, en la petición de los amici, una herramienta útil con la que examinar en qué medida la responsabilidad penal puede ser atribuida a miembros de las fuerzas armadas en circunstancias como estas.

27. Es la opinión respetuosa de los amici que la responsabilidad penal puede ampliarse y debería extenderse a todos los acusados.

A. Empresa Criminal Conjunta

²⁷ Ibid en el párrafo 66, página 18

28. Los amici observan que el Tribunal Superior de Antioquia imputa responsabilidad a cuatro comandantes, sobre la base de que los cargos de conspiración agravada para delinquir son fingidos y por consiguiente los siguientes cargos de homicidio de personas protegidas. Ello se hace así en base a hechos sobre los cuales se encuentran el conocimiento previo de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, que estaban sujetos a medidas cautelares, que sabían de la presencia de paramilitares ilegales autores materiales de las atrocidades, y que como comandantes de pelotón se encontraban en posición de hacer algo y no lo hicieron. Señalan que el ejército trató de ocultar la presencia y uso de guías paramilitares. De ello se desprende que el tribunal les imputa responsabilidad penal por homicidio en personas protegidas.
29. No obstante, absuelve las acciones o falta de ellas de los suboficiales (NCO) y el coronel Espinosa y Castaño Mayor. Lo hacen sobre la base de que los suboficiales no estaban en condiciones de tomar medidas, que no tenían poder suficiente y que seguían y esperaban órdenes de sus oficiales superiores; además, que la responsabilidad penal no podría extenderse al coronel Espinosa o a Mayor Castaño como tampoco podría atribuírsele a ellos el conocimiento real de los hechos, la patrulla conjunta y el uso de guías paramilitares.
30. Sobre la base de los hechos establecidos, una empresa criminal conjunta (en adelante JCE por sus siglas en inglés) puede existir. El Tribunal Superior de Antioquia ya ha señalado que las fuerzas armadas estaban al tanto de las atrocidades cometidas por los paramilitares. Se aceptó que había un estado de conflicto armado interno. No hay evidencia de que el propósito de la patrulla conjunta fuera prevenir las atrocidades y, como de hecho no lo hizo, se puede inferir que ese no era el propósito de la patrulla conjunta. Por lo tanto, la patrulla conjunta puede ser evidencia de un acuerdo implícito para cometer atrocidades a la luz de la historia del conflicto.

Visión General

31. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) formuló la JCE para atribuir responsabilidad individual en situaciones donde múltiples individuos actúan para cometer un acto delictivo común²⁸. El Tribunal de Apelación del TPIY definió tres formas diferentes de JCE (comúnmente conocido como JCE²⁹, JCE II³⁰, JCE III³¹).

²⁸ Sentencia de Apelación de Tadic, supra n.4, párrafos 220

²⁹ JCE I, o la forma básica de la JCE, “existe donde los participantes actúan sobre la base de un diseño en común o de empresa, compartiendo la misma intención de cometer un delito”. La Resolución sobre los recursos interpuestos contra la resolución Co-investigación de los jueces sobre la empresa criminal

32. La forma básica del JCE (JCE I) sirve como una forma de responsabilidad para asignar la responsabilidad penal individual a todos los participantes de un plan criminal común para la perpetración de los delitos cometidos en cumplimiento de ese plan común, donde los participantes compartieron su intención común de cometer los delitos, aun cuando cada individuo lleva a cabo un papel diferente en la contribución de los crímenes³². La forma sistemática de la JCE (JCE II), abarca situaciones en las que una pluralidad de personas participan en un plan criminal común que se lleva a cabo en un marco institucional³³, como en un campo de internamiento. La forma extendida de JCE (JCE III) sirve para asignar responsabilidad penal individual a los participantes del plan criminal común donde los crímenes cometidos, que originalmente no formaban parte del plan criminal común, pero fueron sin embargo una consecuencia natural y previsible del plan criminal³⁴.

33. Los elementos objetivos de las tres formas de una JCE son los mismos. Una JCE requiere la existencia de un plan criminal común, implica una pluralidad de personas y requiere que el acusado participara en la JCE de cualquier “*forma de asistencia o contribución en la ejecución del plan común*”³⁵. El elemento subjetivo necesario varía de acuerdo con la forma de la JCE. El acusado debe compartir la intención de perpetrar el crimen cometido para ser responsable en virtud de una JCE, JCE I. En la JCE II el conocimiento personal del sistema de malos tratos y la intención específica de cometer el delito no es necesario, siempre y cuando el acusado participara voluntariamente en la promoción del sistema de malos tratos³⁶. Factores circunstanciales, como la posición del individuo en la institución, la cantidad de tiempo invertido en la institución y la función que el individuo realizaba en el sistema puede dar lugar a una inferencia de que el acusado tenía el conocimiento necesario acerca del sistema de los malos tratos. A

conjunta, Sala de las Cuestiones Preliminares, 20 de mayo de 2010, Expediente Nº 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, disponible en < http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/courtDoc/605/D97_15_9_EN.pdf>, visitado por última vez el 6 de junio de 2010 [en adelante ‘La decisión de la Sala previa al juicio’], en el párrafo 37.

³⁰ JCE II, o la forma sistemática de la JCE, “existe donde los participantes están involucrados en un plan criminal que se lleva a cabo en un marco institucional, como un campo de internamiento, que implica un sistema organizado de maltrato” (La decisión de la Sala previa al juicio, supra. N. 6, párr. 37)

³¹ JCE III, o la forma extendida de la JCE, “se da cuando uno de los participantes se involucra en actos que van más allá del plan común, pero esos actos constituyen una consecuencia natural y previsible de la realización del plan común (La decisión de la Sala previa al juicio, n. 6 supra párr. 37)

³² *Tadic* Sentencia de Apelación, supra n.4, párrafo 228

³³ *Ibid*, párr. 202

³⁴ *Ibid*, párr. 204

³⁵ *Ibid*, párrafo 227; Véase más adelante en la Parte I “Contribución de los acusados”, para un debate sobre este requisito.

³⁶ *Ibid*, párr. 220

través de una JCE III el acusado puede ser considerado responsable por los crímenes cometidos por otros participantes, incluso si él o ella no compartió una intención común con los demás participantes en la JCE de que estos crímenes se cometerían, siempre y cuando él o ella fuera “*consciente de la posibilidad de que se podía cometer un delito como una consecuencia natural y previsible de la ejecución del acto criminal y voluntariamente tomara el riesgo*”³⁷.

34. Los parámetros de una JCE han sido definidos por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y con la inclusión de la JCE III, han formado una red bien definida y amplia de responsabilidad para las personas involucradas en la comisión de los delitos. A continuación se muestra una visión general de algunas de las mejoras de las JCE articuladas en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

I. Formación, Naturaleza y Alcance de las JCE

35. La jurisprudencia del TPIY permite la imposición de responsabilidad a través del concepto de la JCE donde el propósito criminal común ha sido acordado en secreto, a través de un acuerdo informal o extemporáneo, para reflejar la realidad de la manera en que se forma un JCE. Por lo tanto, la existencia de una JCE puede “*deducirse del hecho de que una pluralidad de personas actúan al unísono para poner en marcha una empresa criminal conjunta*”³⁸, incluso cuando el plan criminal común no fue “*acordado o formulado previamente*”³⁹. El objetivo de la finalidad delictiva o los medios para lograrlo deben implicar la comisión de un crimen dentro de la jurisdicción del tribunal que está aplicando la JCE⁴⁰. Tampoco es necesario que cada miembro de la JCE sea identificado por su nombre⁴¹. Sin

³⁷ *Ibid*, párr. 228

³⁸ *Ibid*, párr. 227

³⁹ *Ibid*, párr. 227; El Fiscal contra Miroslav Kvočka et al, Sala de Primera Instancia del TPIY, Sentencia, 2 de noviembre de 2001, Caso No. IT-98-30/1-T, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4148117f2.html> , última consulta el 22 de junio de 2010 (en adelante Kvočka et al, Sentencia de Primera Instancia) párr. 117 y el Fiscal contra Mitar Vasiljevic, TPIY, Sala de Apelaciones , Sentencia, el 25 de febrero de 2004, Caso N° IT-98-32-A, disponible en <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=41483ce34> última consulta el 24 de julio de 2010 (en adelante, Sentencia de Apelación Vasiljevic) párr. 100T.

⁴⁰ Tadic Sentencia de Apelación , supra n. 4 párr. 227, con más detalles en el Fiscal contra A.T Brima et. Otros, TESL, Sala de Apelaciones, Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso N° SCSL-2004-16-A, disponible en <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/SCSL/SCSL%20AFRC%20Appeals%20Chamber%20Full%20Judgment.doc> última consulta el 21 de junio de 2010, párr. 70-84 y Kvočka et al. Sentencia del Juzgado, supra n.27, párr. 46

⁴¹ El Fiscal contra Radoslav Brdjanin, la Sala de Apelación del TPIY, Sentencia del 3 de abril de 2007, Caso N. IT-99-36-A, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48aae70a2.html> última consulta el 16 de julio de 2010 (en lo sucesivo “Sentencia de Apelación Brdjanin”) párr. 430

embargo, estas ventajas probatorias son contrarrestadas por el hecho de que es esencial identificar el objetivo preciso, el alcance geográfico y temporal de la JCE y demostrar que el plan común es de hecho común para todos los miembros de la JCE⁴².

ii. Contribución de los Acusados

36. La participación de la persona acusada no tiene por qué ser una condición sine qua non sin la cual, la ejecución del delito no puede seguir adelante⁴³. Sin embargo, se requiere una contribución significativa⁴⁴. El grado exacto de la contribución que ascenderá hasta una “contribución significativa”, dependerá de las circunstancias de cada caso⁴⁵ y aunque el tribunal requiere una “contribución significativa” no requiere una “contribución sustancial”⁴⁶.

iii. La lejanía de los acusados: el nexo entre el autor y los participantes de la JCE

37. La jurisprudencia del TPIY también ha establecido que no es necesario para la comisión real de los delitos que forman parte de la JCE que estos hayan sido realizados por un miembro de la JCE⁴⁷. Ello permite la asignación de la responsabilidad a un pequeño número de individuos con poder que están al tanto del plan criminal común y que utilizan subordinados para la comisión del plan, como fue el caso en Brdjanin donde grupos militares y paramilitares fueron utilizados para llevar a cabo un plan conjunto para expulsar a los no-Serbios de los territorios serbios. Como consecuencia se puede imputar responsabilidad cuando el delito cometido es parte de la JCE, aun cuando un autor concreto no lo es y se utiliza simplemente como una “herramienta” para ejecutar el plan criminal conjunto⁴⁸. Cuando es aplicado a la JCE III, este principio permite asignar responsabilidad donde era previsible que los delitos por los que se imputa al acusado pudieran ser perpetrados por las personas utilizadas por el acusado o por cualquier otro miembro de la JCE, con el fin de llevar el *actus reus* de los delitos que forman parte del propósito común⁴⁹.

⁴² Sentencia de Apelación de Brdjanin, supra n. 29, párr. 430; el Fiscal contra Milomir Stakic, la Sala de Apelación del TPIY, Sentencia del 22 de marzo de 2006, Caso N° IT-97-24-A (disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb550.html> última consulta el 22 de julio de 2010) (en adelante Sentencia de Apelación de Stakic) párr. 69.

⁴³ Sentencia de Apelación Tadic, supra N.4 párr. 199

⁴⁴ Sentencia de Primera Instancia, Kvočka et al. supra n.27, párr. 309

⁴⁵ Sentencia de Apelación Brdjanin, supra n.29 párr. 430

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Juicio de Apelación de Stakic, supra nota 30, párrafos 418-419

⁴⁹ Sentencia de Apelación de Brdjanin, supra n.29, párr. 411

38. En el resumen anterior se puede observar que a través de la doctrina de la empresa criminal conjunta, la responsabilidad penal se extiende a todos los acusados.

B. Responsabilidad de Mando

39. La Corte Suprema de Antioquia encontró que no podía atribuir al Coronel Espinosa o Mayor Castaño el conocimiento efectivo del uso de guías paramilitares, la patrulla conjunta o incluso las propias atrocidades cometidas.

Ley pertinente sobre la Responsabilidad de los Mandos /Responsabilidad del Superior (SR por sus siglas en inglés):

40. SR es una norma de derecho consuetudinario internacional (Sentencia del Juicio de Celebici 340-343). No ha habido una posición consistente con respecto a la naturaleza de la responsabilidad del superior como en el artículo 7 (3) del Estatuto del TPIY, el artículo 6 (3) del Estatuto del TPIR, el artículo 6 (3) del Estatuto del TESL (los tribunales ad hoc) y el artículo 28 del Estatuto de la CPI. La SR, en conformidad con el artículo 7 (3), es generalmente percibida como una forma “indirecta” de responsabilidad del superior en oposición a la forma directa de responsabilidad del superior por ordenar un delito en virtud del artículo 7 (1). La Sala de Primera Instancia en el caso Celebici siguió este razonamiento:

“La responsabilidad penal puede surgir ya sea por actos positivos de los superiores (a veces referido como una responsabilidad de mando “directa”) o por sus omisiones culposas (responsabilidad de mando “indirecta” o responsabilidad de mando *strictu sensu*)”⁵⁰.

41. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha evolucionado hacia el reconocimiento de la responsabilidad del superior como una responsabilidad por omisión⁵¹. Actualmente esta es la posición general en la doctrina y en la jurisprudencia. La responsabilidad del superior es una responsabilidad por omisión, por el fracaso del superior para prevenir la comisión de delitos por parte de sus subordinados o por no castigar a sus subordinados por los crímenes cometidos. Él es el responsable del “fracaso en el cumplimiento de un acto exigido por el derecho internacional⁵²” y no por la comisión de un acto ilegal.

⁵⁰ Sentencia del Juicio de Celebici, d 333

⁵¹ *Hadžihasanović* §75.

⁵² A. Cassese, p.205

42. (La expresión) “por los actos de sus subordinados” como generalmente se conoce en la jurisprudencia del Tribunal no significa que el comandante comparta misma responsabilidad que los subordinados que cometieron los crímenes, sino que, debido a los crímenes cometidos por sus subordinados, el comandante debería asumir la responsabilidad por no actuar”⁵³.

43. A través del dispositivo de la responsabilidad del superior, el superior sigue siendo acusado por los crímenes de sus subordinados, y no por un delito distinto por falta de control.

LA CPI

44. El Estatuto de Roma de la CPI constituye la codificación más reciente sobre la responsabilidad del superior y ha sido objeto de diversas controversias⁵⁴. El artículo 28 establece lo siguiente: “Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de competencia de la Corte:

- (a) El jefe militar o la persona que actúe como jefe militar será penalmente responsable **dentro de la jurisdicción de la Corte** por los delitos cometidos por fuerzas **bajo su mando y control efectivo, o bajo su autoridad y control efectivo según el caso, como consecuencia de su falta de control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:**
 - (i) Ese jefe militar o persona **sabía o**, en razón de las circunstancias en el momento, **debería haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer esos crímenes;** y
 - (ii) Ese jefe militar **o persona fracasó en adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.**
- (b) Con respecto a la relaciones entre superior y subordinado no descritas en el párrafo (a), el superior será penalmente responsable por los crímenes (dentro de la jurisdicción de la Corte) cometidos por subordinados bajo su mando y control efectivo, como consecuencia de su falta de un control apropiado sobre sus subordinados, cuando:

⁵³ Halilovi} §54

⁵⁴ Véase *infra*.

- (i) El superior o teniendo conocimiento o deliberadamente hizo caso omiso de la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tales delitos;
- (ii) Los crímenes implicaban actividades que estaban bajo la responsabilidad y control efectivo del superior; y
“El superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”⁵⁵.

45. Debe existir una relación de causalidad entre la omisión del superior y los delitos de sus subordinados. Si el superior puede ser considerado responsable por los crímenes cometidos antes de su cargo como superior, entonces su omisión de castigar sería independiente, un delito distinto, independiente de cualquier *mens rea* del superior. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha incluido expresamente este requisito causal en las disposiciones del artículo 28.

¿Puede existir una relación de subordinación entre las tropas y los paramilitares si se trataba de una patrulla conjunta?

46. La relación de subordinación superior no tiene por qué existir dentro de una estructura militar. Al superior se le puede considerar culpable de incumplir su deber de sancionar si los delitos han sido cometidos por subordinados en el momento en que él tenía asumido el mando sobre ellos⁵⁶. Se aplica la misma regla para la situación de los acusados de Brima en el distrito de Kono. Brima llegó al distrito de Kono a finales de abril de 1998 y asumió el mando sobre las tropas AFRC en donde se hallaba el acusado Kamara, ejerciendo así un control efectivo sobre esas tropas. La Sala de Primera Instancia determinó que existía una verdadera relación superior-subordinado entre Brima y las tropas AFRC en Kono.

47. La posición de la autoridad puede ser informal y sin definir con exactitud:

“La orden no tiene por qué haberse dado por escrito o en cualquier otra forma en particular, ni tampoco tiene que ser dada directamente al autor del delito”⁵⁷

TEST PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD

⁵⁵ El Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional.

⁵⁶ AFRC §799.

⁵⁷ AFRC §772; *Blaškić* Sentencia Judicial, §281-282.

48. El triple criterio sobre la responsabilidad del superior fue establecido por el ICTY en la Sentencia del caso Celebici:

- (i) La existencia de una relación superior-subordinado;
- (ii) El superior conocía o tenía razones para conocer de que el acto criminal estaba a punto de cometerse o había sido cometido; y
- (iii) El superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor del mismo;⁵⁸

49. El elemento funcional es el requisito básico necesario para incurrir en responsabilidad del superior (es decir, el concepto del control efectivo). El conocimiento del superior se determina con respecto a la naturaleza y el alcance de la posición del superior⁵⁹. Cuanto más organizada esté la estructura del grupo, más fácil será establecer un control efectivo y por lo tanto, establecer *mens rea* a través de la existencia de canales de comunicación dentro de la cadena de mando⁶⁰.

C. CONSPIRACIÓN

50. Algunas disposiciones del Estatuto de la CPI son polémicas (es decir, no se acepta como derecho internacional consuetudinario), pero las disposiciones relativas a la conspiración parecen estar generalmente aceptadas en representación de la posición en la CIL. Artículo 25 (3) (d) dice que una persona que cometa un crimen dentro de la competencia de la CPI, si él o ella,

“contribuye a la comisión o tentativa de cometer (un delito punible) por un grupo de personas que actúan con un propósito común. La contribución deberá ser intencional y deberá ser hecha o bien:

- (i) Con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un crimen dentro de la competencia de la Corte; o*
- (ii) Con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito...”*

51. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc establece que la conspiración requiere la existencia de un acuerdo, pero no tiene por qué ser formal o expreso. Se podría deducir la acción concertada. Un conocimiento tácito del propósito criminal sería suficiente, y la existencia de una conspiración podría basarse en pruebas circunstanciales. Por otra parte, una conspiración para cometer genocidio podría

⁵⁸ *Čelebići* Sentencia Judicial, §346

⁵⁹ *Aleksovski* Sentencia Judicial §80

⁶⁰ *Kordić* Sentencia Judicial §428

estar compuesta por individuos que actuaran en el ejercicio de una capacidad institucional, incluso en ausencia de vínculos personales entre ellos⁶¹.

TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES

52. Los amici observamos la decisión del Tribunal Superior de Antioquia de que los malos tratos y el desmembramiento post-mortem de Alfonso Tuberquia y sus hijos Natalia y Santiago (cuyas gargantas fueron cortadas) después de que las hostilidades hubieran cesado está – a través de un principio de la ley penal colombiana (“consunción”) – encapsulada dentro de la acusación de homicidio de personas protegidas. Se entiende que el Tribunal rechaza el argumento de la fiscal de que los hechos constituyen un delito de actos inhumanos y bárbaros bajo la jurisdicción interna.

53. Colombia tiene obligaciones tanto respecto a la protección del derecho a la vida (por ejemplo, en virtud del artículo 6 del Pacto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como a la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. El artículo 1 de la Convención de la ONU contra la Tortura (UNCAT) establece que:

...la tortura significa todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental, para fines tales como la obtención de... información o una confesión, (castigo)...o por cualquier razón basada en una discriminación de cualquier tipo...infligida por o instigada por o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público...

54. Con respecto a esto último, es un principio aceptado por el derecho internacional consuetudinario de que los Estado obligados bajo UNCAT tienen una obligación negativa de no cometer actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes (TCID), pero también obligaciones positivas en materia de prevención, investigación y castigo de aquellos que cometan tales actos o estén conectados con la comisión de tales actos⁶².

⁶¹ El Fiscal v. *Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, Caso No. ICTR-99-52-T, párrafos. 1043-48.

⁶² Para los ejemplos de los tribunales internacionales que han encontrado una conexión entre dichos actores no estatales, como los paramilitares que cometen actos de tortura y el TCID y actores estatales, véase la sentencia de *Río Frío Masacre v Colombia*, Sentencia de 6 de abril de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*,

55. Los tribunales internacionales no parecen regirse por un principio general de considerar solamente la violación más grave de derechos humanos en cualquier caso particular. Por ejemplo, no parece haber ningún principio establecido que si el derecho a la vida está potencialmente comprometido porque un individuo ha sido asesinado con la participación de un funcionario del Estado, un órgano jurisdiccional está excluido de examinar la cuestión de violaciones de la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CIDT por sus siglas en inglés) en ese mismo caso. Sin embargo, los hechos específicos del caso (y en particular la manera de la muerte y el grado de lesión física) pueden influir en que ambos o sólo uno de estos derechos haya sido violado. De hecho, los tribunales internacionales han evaluado si se han producido las dos violaciones del derecho a la vida y la prohibición de la tortura y CIDT en el mismo caso, por ejemplo, en el caso de *Mahmut Kaya v. Turquía* (Demanda núm. 22535/93), 28 de marzo de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en este caso no era una cuestión de si los actos de tortura cometidos se habían producido antes de la muerte).

56. Cuando los agentes del Estado han quebrantado el deber de proteger a una comunidad de personas vulnerable y se han unido a la comisión de actos de extrema violencia, la consideración de la gravedad de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos y su relación con los delitos puede ser considerado de particular importancia. Otros aspectos de una matriz factual pueden contener tanto tortura, CIDT y causar muerte, no son excluyentes entre sí, puede haber una superposición o incluso una mezcla de ellos, reconocimiento de tortura y/o CIDT como un delito autónomo, no subsumido o reemplazado por otro delito refleja la gravedad con que estos actos son vistos por el derecho internacional de derechos humanos.

57. En 2010, el Comité UNCAT en el examen periódico de Colombia observó con preocupación que “La Comisión toma nota de que el Código Penal contiene una definición del delito de tortura. Sin embargo, le preocupa que, en práctica, una acusación en relación con delitos de tortura no identifica claramente la tortura como un delito específico y separado, ya que se subsume bajo las circunstancias agravantes de otros delitos considerados más graves por parte de funcionarios judiciales“. Recomendaron que “*el Estado Parte debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que delitos de tortura son procesados como delito*

Sentencia de 15 de septiembre 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Chipre contra Turquía (2001) (Nº 25781/94), Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*autónomo y que la carga corresponde a la gravedad del delito, y no debe permitir casos de tortura de estar comprendido en otros delitos conexos*⁶³.

VI. COMPARATIVA CON DERECHO PENAL INGLÉS

A. LA EMPRESA CONJUNTA

58. Principios similares a los abordados por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Casación Penal también están presentes en el sistema legal penal inglés. La criminalidad puede surgir de las acciones positivas de los acusados. Excepcionalmente, también puede surgir de una falta de acción en determinadas circunstancias.

59. El derecho inglés establece que se puede incurrir en la responsabilidad, ya sea como autor principal o como cómplice. El autor principal es el autor del delito. Un cómplice es un individuo que o ayuda, instiga, aconseja o procura la comisión de un delito. Aunque la conducta entre el autor principal y el cómplice es diferente, por delitos indicativos solamente, como el homicidio y los delitos graves contra la persona, el artículo 8 de los cómplices y encubridores de la Ley de 1981, establece que un cómplice podrá ser juzgado, acusado y castigado como autor principal. Además, la responsabilidad puede surgir si las partes estaban actuando en una empresa conjunta.

Ayudar, instigar, aconsejar o procurar

60. Para declarar la responsabilidad de un cómplice no se necesita que su conducta incluya los cuatro elementos. Los cómplices pueden ayudar, instigar, aconsejar y procurar. Sin embargo, sólo una de las acciones será suficiente para que se establezca la culpabilidad.

61. La complicidad generalmente requiere asistencia o estímulo en el momento del delito. Asesoramiento o proxenetismo cubriría consejo o asistencia prestada en una etapa anterior. Esto incluiría la conducta si el acusado estuvo presente en la escena de los asesinatos pero también, un comportamiento constitutivo de asistencia antes del delito.

⁶³ En el párrafo 10 en el CAT Observaciones Finales, 04/05/10, CAT/C/COL/CO/4 at www.ohchr.org.

62. De la complicidad se deduce que ha habido un propósito común y un acuerdo de voluntades en el autor principal y el cómplice, pero no necesariamente un plan establecido, R v Mohan (1967) 2 AC 187. Sin embargo, procurar, no requiere ningún propósito común, ya que procurar sería “producir con esfuerzo” Ref. A-G (Nº 1 de 1975) (1975) QB 773. Aunque debe haber alguna relación de causalidad entre procurar y la comisión del delito. La orientación, por otra parte, no requiere una relación causal. La atribución de responsabilidad penal surge de la intención de que este tipo de asesoramiento daría lugar a un delito, R v Calhaem (1985) QB 808. De ello se desprende, pues, que se infirió que el movimiento paralelo entre los paramilitares y los militares fue con el fin de que los paramilitares cometieran los hechos alegados sin un propósito común establecido pero con una relación de causalidad; el militar sería culpable por los actos criminales como “procuradores” del delito. Alternativamente, si la comisión del delito se hubiera aconsejado pero no se estableciera relación causal, la culpabilidad todavía se plantearía. La conducta criminal surge de la motivación para el resultado que se persigue; por lo tanto es irrelevante si el autor principal hubiera cometido el delito de todos modos.

63. Independientemente de si ha habido conducta equivalente a ayudas, incitar, aconsejar o procurar, la intención del cómplice debe ser establecida. Esto no requiere un cómplice que haya tenido la intención de un resultado particular. La responsabilidad se puede establecer cuando la conducta del acusado es tal que es probable o es prácticamente seguro que el resultado hubiera ocurrido, R v Hancock (1986) AC 455. El derecho inglés exige una evaluación de la intención del cómplice y no sólo la comprensión del autor principal. La intención de ayudar se puede deducir de la actuación voluntaria de los actos que, de hecho ayudan al autor principal, a falta de una explicación creíble de los acusados, R v Bryce (2004) 2 Cr App R 592.

Empresa conjunta

64. El derecho inglés también establece el principio de la empresa conjunta. La culpabilidad surge cuando un acusado se plantea la comisión de uno (o más) delitos por la parte principal y que presta asistencia para el delito que se quiere cometer. Si, sin embargo, el autor principal va más allá de lo que se había acordado tácitamente como parte de la empresa conjunta, la parte secundaria no sería responsable por el acto no autorizado, R v Anderson (1966) 2 QB 110. Aunque la parte secundaria no necesita tener la intención de que el autor principal haya cometido el hecho cierto, sería suficiente si la parte secundaria se diera cuenta de que la parte principal puede cometer el delito, R v Powell (1997) 2 WLR 959. Un riesgo real o grave sería suficiente, ya sea en la escena o previamente, R

Torre v (1993) 1 WLR 1005. Sólo los actos que son fundamentalmente diferentes de lo previsto por la parte secundaria podrían negar la responsabilidad, sin embargo, todavía se puede encontrar la responsabilidad por un delito menor.

65. El derecho inglés establece que, aunque si bien la mera presencia en la escena del crimen no daría lugar a responsabilidad, será suficiente si la presencia constituye aliento, R v Jefferson (1994) 1 ALL ER 270. En los casos donde la presencia ha sido pre acordada, se le atribuye claramente responsabilidad. Si la presencia surge accidentalmente, todavía se puede establecer la responsabilidad si la parte secundaria es consciente de que la presencia está proporcionando aliento.
66. Otra consideración a la luz de las circunstancias del índice es que, cuando se establece la presencia de una de las partes y una parte secundaria tiene el derecho o la capacidad de controlar al autor principal y hay una falta de ejercicio del derecho o habilidad, se atribuye culpabilidad. Mera aquiescencia sería suficiente.

Responsabilidad derivada de la falta de acción

67. Generalmente no hay responsabilidad por omisión en el derecho inglés; sin embargo, hay excepciones a esta regla. Esto incluye cuando hay un deber de actuar y de evitar un peligro. Ambas situaciones requieren de la causalidad para ser establecidas. No hay ninguna referencia específica a la previsibilidad, aunque se prevé dentro de las pruebas formuladas.

El deber de actuar

68. El deber de actuar surge cuando existe un deber oficial, contractual o público. En la autoridad inglesa R v Dytham (1979) QB 72 un oficial de policía fue declarado culpable por mala conducta en su función pública. Mientras estaba de servicio, el acusado permaneció de pie a unos 30 metros de una discoteca donde golpearon a un hombre hasta darle muerte. El acusado entonces abandonó la escena sin pedir ayuda. El Tribunal de Apelación observó que
69. “La acusación no fue un mero descuido, sino una falta deliberada y premeditada. Se trata de un elemento de culpabilidad que no se limita a la corrupción o la deshonestidad, sino que debe ser de tal grado que la mala conducta impugnada se calcula para lesionar el interés público con el fin de llamar al castigo y la condena”.

70. Un comentario sobre la jurisprudencia en la Práctica Criminal de Blackstone de 2011 A1. 15 establece que el acusado podría haber sido responsable de homicidio si la inacción hubiese sido un factor que contribuyó a la muerte. No fue acusado de homicidio por lo que no hubo examen de causalidad. No hay ningún requisito de conducta “fraudulenta”, sino más bien una omisión deliberada y negligencia dolosa.

Deber de evitar el peligro de las acciones de uno mismo

71. La creación de una situación de peligro que surja de alguna falta podría exigir a una persona que evitara cualquier peligro resultante. Se puede incurrir en responsabilidad penal por no hacerlo, R v Miller (1983) 2 AC 161. El acusado vivía en la calle en ese momento. Se había quedado dormido mientras fumaba un cigarrillo, cuando se despertó, el colchón estaba ardiendo. No llamó para pedir ayuda, en lugar de eso se trasladó a otro rincón. Fue declarado culpable de incendio intencional. El Tribunal de Apelaciones sostuvo que no había “ninguna base racional” para que la responsabilidad fuera excluida, donde ha habido “una conducta que consiste en no tomar medidas que estén dentro de nuestro poder para contrarrestar el peligro que uno mismo ha creado, si al tiempo de esa conducta el estado anímico es tal que constituye un ingrediente necesario de la falta”.

Causalidad

72. Una cuestión clave para la responsabilidad que se ha establecido, en ambas situaciones, es si la causalidad es evidente. Dos factores deben ser evaluados: si existe un vínculo fáctico entre la omisión y el resultado, y si esa omisión fue causa suficiente en derecho. La causalidad puede ser directa o indirecta.

73. Un vínculo fáctico se establece donde el resultado no se habría producido, o no se habría producido en el momento o en la forma en que se hizo, sino fuera por la omisión del acusado. La causalidad legal se establece donde la omisión fue una causa de la consecuencia “operativa y sustancial”, R v Smith (1959) 2 QB 35. Esto no requiere, sin embargo, que sea la única o principal causa, R v Warburton (2006) EWCA Crim 627. Al abordar la segunda parte de la prueba, se requiere un enfoque subjetivo de sentido común, más concretamente, si ha habido algún comportamiento anormal o culpable o no.

74. La cadena de causalidad puede romperse por un acto intermedio, que podría ser un acto de un tercero. Esto no puede ser el caso, sin embargo, donde el acto de intervenir únicamente completa y agrava la omisión inicial.

Previsibilidad

75. El derecho inglés establece que la previsibilidad que se puede inferir donde hay una clara intención para que resulte en un determinado resultado. Sin embargo, aun cuando el acusado no pudo haber deseado la consecuencia pero podría haberse previsto, surge la responsabilidad. Cuando se ha declarado culpable de asesinato a alguien, la pregunta relevante es si el acusado hubiera podido prever que el resultado era prácticamente cierto, R v Woollin (1999) AC 82. Se requeriría considerar qué grado de conocimiento tenían de las unidades de paramilitares con las que habían estado patrullando, o si podían haber previsto, en base a su conocimiento y circunstancias de la situación, los actos criminales que se podían derivar por no arrestarles.

VII EN RESUMEN

76. En resumen, los amici respetuosamente invitan a la Corte a considerar que se puede imputar la responsabilidad penal a todos los acusados.

7 de enero de 2013

Smita Shah
Shahida Begum
Wafa Shah
Garden Court Chambers
Y
Dr Fatima Kola, Doctorado

y
Dra. Silvia Borrelli
Directora de Investigación y profesora principal de derecho en la Universidad
de Bedfordshire

cc. Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional de La Haya.