

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado ponente

SP15512-2014

Radicación No. 39392

(Aprobado Acta No. 385)

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Se procede a resolver el recurso de casación presentado por la apoderada de la parte civil promovida por JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, confirmatoria en parte de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de la misma ciudad, que condenó a CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por el

delito de secuestro simple, pues también lo hizo por el de concierto para delinquir.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Estos aspectos fueron sintetizados por la Sala, en pretérita ocasión, así:

Los primeros fueron declarados por el ad quem en los siguientes términos:

“Cuentan las diligencias al interior del proceso, que el día 27 de enero de 2004 llegaron a la casa del señor JUAN NEPOMUCENO SANDOVAL RINCÓN (sic) y ROSA RINCÓN, ubicada en el corregimiento de El Carmen, [municipio de Sardinata] (Norte de Santander), la señora ROSALÍA BALAGUERA PÉREZ y sus hijos CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA y CÉSAR NIÑO BALAGUERA, quienes aprovechando la ausencia de JUAN SANDOVAL RINCÓN (sic), irrumpieron en el lugar y dispararon contra la señora ROSA RINCÓN y su hija NANCY, causándoles la muerte. Acto seguido CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA tomó a JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN del cabello y se la llevó por la fuerza.

Durante el trayecto en que JOHANA MILENA fue llevada amarrada de una mano y obligada a caminar, CÉSAR NIÑO BALAGUERA intentó matarla, hiriendo por error a su hermano CLODOMIRO. JOHANA fue llevada a la casa de BELÉN NIÑO BALAGUERA y ÁNGEL MIRO TORRES SILVA y posteriormente, a la casa de LISENIA GÁLVIS, amiga de ROSALÍA BALAGUERA, donde fue sometida a dormir en el monte.

Se supo que JUAN GABRIEL SANDOVAL RINCÓN, hermano de JOHANA MILENA, mientras se encontraba prestando servicio militar, fue a la casa de LISENIA GÁLVIS a buscar a su hermana,

siendo negada y escondida por CÉSAR NIÑO BALAGUERA. Posteriormente, fue llevada bajo amenazas a vivir a El Vigía, en el estado de Mérida (Venezuela) y allí se hospedaron en la casa de CARMEN EDILIA, hermana de ROSALÍA BALAGUERA, para seguidamente llevarla a la casa de BLANCA ESTHER BALAGUERA, también hermana de ROSALÍA.

Durante todo el tiempo en que JOHANA MILENA SANDOVAL estuvo secuestrada, fue víctima de violencia sexual, lesiones personales, torturas e intento de homicidio, quedando embarazada y dando a luz a un niño que en la actualidad [2011] tiene cinco años. CÉSAR NIÑO BALAGUERA, padre del menor, siempre manifestó en los controles del embarazo, que la madre del niño era MILENA PEÑARANDA LÓPEZ, pues JOHANA MILENA SANDOVAL no contaba con ningún documento de identidad que demostrara su verdadero nombre; y efectivamente fue allí en Venezuela donde CÉSAR NIÑO BALAGUERA registró al menor con el nombre de C.A.N.P.

Finalmente, el 11 de enero de 2008, la P.T.J. de la República Bolivariana de Venezuela, por información y solicitud de la familia de JOHANA MILENA SANDOVAL, concretamente de su hermana ALIX SANDOVAL y su padre JUAN NEPOMUCENO, rescató a la víctima. Como consecuencia de esta situación, la familia SANDOVAL RINCÓN, debido a todas las amenazas de las que ha sido víctima, se vio en la necesidad de desplazarse forzosamente de su lugar de domicilio y buscar protección del Estado”.

Con fundamento en lo anterior, una vez fueron admitidas las demandas de constitución de parte civil presentadas por separado a nombre de ALIX SANDOVAL RINCÓN y JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, el 23 de noviembre de 2009, en la Fiscalía Veintitrés Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se profirió resolución acusatoria contra CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por los delitos de concierto para delinquir

agravado, secuestro simple, tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida. Al primero, como presunto coautor de todos ellos y, al segundo, en la misma calidad por los tres iniciales y cómplice del último. Esta determinación quedó ejecutoriada el 11 de diciembre siguiente¹.

Cabe señalar que los citados fueron juzgados por el delito de homicidio de manera independiente y que en relación con los restantes partícipes en los ilícitos por los que aquí se procede, previamente se dispuso la ruptura de la unidad procesal.

La etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta y posteriormente, por descongestión², la misma se continuó en el homólogo Adjunto, donde celebradas la audiencia preparatoria y la vista pública, el 21 de septiembre de 2010, se absolvió a los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA de los delitos de concierto para delinquir agravado, tortura en persona protegida y acceso carnal violento con persona protegida y fueron condenados por la conducta punible de secuestro simple, a las penas principales de 12 años de prisión y multa de 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, a quienes se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Además, se los obligó a pagar, por concepto de daños morales, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de su cancelación efectiva.

Ese fallo fue apelado por los defensores de CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, como también por la

¹ “Folio 13 del cuaderno original No. 8 de la instrucción”.

² “En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA10 -6775 del 8 de marzo de 2010 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.”

apoderada de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN en su condición de parte civil debidamente reconocida. Igualmente fue recurrido por la abogada SANDRA ROCÍO GAMBOA RUBIANO, quien dijo representar “la parte civil dentro del proceso de la referencia”³.

Por ende, el 8 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior de Cúcuta, una vez precisó que no se pronunciaría respecto de la impugnación allegada por la mencionada profesional del derecho en tanto carecía de legitimación, lo confirmó en parte, por cuanto mantuvo la condena por el delito de secuestro simple, pero además profirió fallo en el mismo sentido por la conducta punible de concierto para delinquir, razón por la cual fijó las penas principales en 180 meses de prisión y multa de 2600 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, puntualizó que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas quedaba en el mismo tiempo de la privativa de la libertad.

En relación con los ilícitos de acceso carnal violento en persona protegida y tortura en persona protegida, [absolvió a los acusados pero] dispuso la compulsión de copias ante la Fiscalía General de la Nación, en orden a que se investigara al procesado CÉSAR NIÑO BALAGUERA, por dichas conductas, “ya no en persona protegida sino como delitos comunes previstos en los artículos 205 y 178 del Código Penal, respectivamente”.

Contra la sentencia de segundo grado, tanto la apoderada de la parte civil promovida por JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, como el abogado REINALDO VILLALVA VARGAS, quien también dijo representarla, se radicaron sendas demandas de casación.

³ “Ver folio 105 del cuaderno de la sentencia de primera instancia.”

Mediante auto del 14 de noviembre de 2012, esta Corporación inadmitió el libelo allegado por el profesional del derecho REINALDO VILLALBA VARGAS y admitió el radicado por la abogada de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, por tanto, emitido el concepto por el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, se procede a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

LA DEMANDA:

Está compuesta por tres censuras, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera.

Primer cargo:

La impugnante denuncia que el Tribunal incurrió en la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho en la modalidad de falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de la experiencia, lo que dice, condujo a la falta de aplicación de los artículos 137 y 138 del Código Penal, donde se describen los delitos de tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida, respectivamente.

Expresa que a pesar de que los juzgadores de instancia valoraron los testimonios de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, su hermana ALIX y su padre JUAN

NEPOMUCENO SANDOVAL OCHOA, así como la experticia psicológica practicada a la primera y las versiones de los inculpados, elementos de convicción a partir de los cuales aceptaron que fueron vulneradas la integridad psíquica y la libertad, integridad y autonomía sexual de la ofendida, concluyeron que tales afectaciones no tenían relación con el conflicto armado interno, no obstante haber admitido que actores armados ilegales que se hacían llamar Águilas Negras y que antes de 2005 se denominaban Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), dominaban la región donde ocurrieron los hechos, así que descartaron que en las referidas infracciones ello hubiese jugado *“un papel sustancial en la decisión del autor, en su capacidad de cometer el delito o en la forma de ejecutarlo”*, pues, por el contrario, los falladores asumieron que los delitos se habían cometido por razones personales.

Empero, agrega la libelista, el Tribunal al deducirles a CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA el delito de concierto para delinquir, reconoció que hacían parte de una organización paramilitar, añadiendo el *ad quem* que aquellos públicamente admitían que tenían relaciones con miembros de las llamadas Águilas Negras, que el grupo al que pertenecían, entre otros propósitos, tenía el de controlar la población, y que participaban de la producción de cocaína en un predio de la familia, con lo cual financiaban el grupo, así que el superior descartó la versión de ERLIN LEZCANO ARROYO, alias *“El Chacal”*, comandante de las Águilas Negras de la región, quien indicó no conocerlos.

En esa medida, la actora afirma que el juzgador de segundo grado ignoró las siguientes máximas de la experiencia:

a) La población civil es usualmente sometida a control por parte de los actores armados dada su posición de dominio sobre las personas no combatientes que se encuentran en situación de subordinación, amenaza e indefensión, control que se ejerce incluso en sus decisiones más íntimas y personales como la de iniciar y terminar una relación sentimental; b) que las mujeres por su condición de género están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado, entre ellos el riesgo de violencia sexual y; c) la víctima al momento de los hechos se encontraba en un entorno de coacción derivado del conflicto armado y la calidad de sus agresores como actores armados que dominaban la región.

Así las cosas, concluye que

el conflicto armado sí fue determinante en la decisión de la comisión de los delitos de tortura y acceso carnal violento, así como en el secuestro, en la manera como fueron perpetrados y tienen relación con el objetivo final del grupo armado ilegal, cual era mantener y expandir su control y dominio territorial, el cual implicaba los ataques contra la población civil.

Ahora, en relación con “a) el control de la población en el marco del conflicto armado”, la censora pone de presente

que en la región donde tuvieron lugar los hechos, los grupos armados ilegales han dominado y si bien se produjo la desmovilización del Bloque Catatumbo de las AUC en diciembre de 2004, esto no condujo a la desintegración del paramilitarismo, pues mandos medios asumieron la dirección, identificándose como Águilas Negras, conforme lo reconocen organismos internacionales y lo señalaron los testigos de cargo y la víctima, a cuyas afirmaciones, en ese sentido, hace referencia la demandante.

Indica que la ofendida hacía parte de la población civil y que se encontraba sometida al dominio de CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, quienes eran integrantes de un grupo paramilitar que dominaba la región donde tuvieron lugar los hechos.

En cuanto al *“b) impacto diferencial y agudizado del conflicto armado en la vida de las mujeres”*, señala que la Corte Constitucional se refirió puntualmente al tema en el Auto 092 de 2008, expresando que aquellas se encuentran *“expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto”*, dentro de las cuales están *“el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual”*, por lo que deben ser *“sujetos de protección constitucional reforzada”*, de la cual fue favorecida la ofendida JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN en dicha providencia.

Así las cosas, la censora aduce que

los jueces de instancia, en el presente proceso, debieron partir de la valoración fáctica ya realizada por la Alta Corte para considerar el debate acerca de la relación entre la violencia sexual y la tortura cometidas en la persona de MILENA SANDOVAL y el contexto de conflicto armado en el que se presentaron los hechos.

De otra parte, en cuanto hace referencia al “c) entorno de coacción en la violencia sexual y la tortura”, una vez recuerda que algunas veces estas conductas se han calificado como de lesa humanidad y arguye que teniendo en cuenta las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional,

el análisis de la violencia sexual debe tomar en cuenta que no se puede inferir el consentimiento de la víctima cuando se ha demostrado que la conducta se realizó mediante la fuerza, la amenaza del uso de la fuerza o aprovechando un entorno de coerción, situaciones en las cuales se presume que se ha disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

Añade que

Partiendo de la existencia de un conflicto armado en la región del Catatumbo, y la acción de grupos armados al margen de la ley como los paramilitares, que luego del proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia se

hicieron llamar Águilas Negras, de las pruebas se observa que la población civil tenía fuertes razones para temer por las acciones de quienes estuvieran relacionados con los paramilitares, como lo eran los hermanos NIÑO BALAGUERA, ya que era reconocida su capacidad para ejercer dominio sobre los habitantes de la zona... hechos [que son] suficientes para considerar que se presentó un entorno de coacción.

Luego de lo anterior, la demandante alude al contenido del testimonio de la víctima, donde se da cuenta de la actividad paramilitar del procesado CÉSAR NIÑO BALAGUERA, así como de su dedicación al narcotráfico, tras lo cual concluye que *“de las pruebas valoradas por los jueces de primera y segunda instancia se concluye que el conflicto armado y el uso del poder militar derivado de éste se constituyó en un entorno de coacción para la víctima... determinante para la valoración de la disminución o anulación total de la voluntad de MILENA SANDOVAL frente a los delitos”*.

Finalmente, frente a que *“el conflicto armado fue determinante en la violencia sexual y la tortura”*, la recurrente pone de presente que a pesar de que el Tribunal aceptó que los hechos ocurrieron en el contexto del conflicto armado interno y que los procesados pertenecían a *“una organización que reúne todos los requisitos de una sociedad criminal por lo cual los condenó por el delito de concierto para delinquir”*, concluyó que el móvil de los delitos cometidos contra JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN fue

la satisfacción de la lascivia de CÉSAR NIÑO BALAGUERA, quien se obsesionó con la víctima y de allí que no se configuraban los delitos previstos en los artículos 137 y 138 del Código Penal, ignorando así la relación que tuvo el conflicto armado interno en la comisión de tales ilícitos.

En ese sentido, la actora expresa que el conflicto armado fue determinante en la “capacidad”, “decisión” y “forma” de cometer los delitos, por cuanto se presentó un entorno de coacción, pues el grupo paramilitar al que pertenecían los hermanos NIÑO BALAGUERA dominaba la región donde ocurrieron los hechos, controlando la población y aprovechando la escasa presencia de las autoridades, lo que por largo tiempo aseguró la impunidad de los abusos cometidos contra la ofendida.

Por ende, afirma la demandante:

En conclusión, los delitos de acceso carnal violento y tortura en la persona de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, cometidos por CESAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, tienen relación temporal, espacial y material con el conflicto armado, siendo que la relación material se evidenció en tanto el conflicto armado fue determinante en la capacidad y decisión de los procesados para cometer los delitos, en la forma de comisión de los mismos, y en la finalidad que con ellos se perseguía, entendiendo que la violencia contra MILENA SANDOVAL y su familia hace parte de las acciones del grupo paramilitar

para controlar a la población civil y así lograr su finalidad de control territorial.

Por tanto, solicita casar parcialmente la sentencia y que se condene a los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida.

Segundo cargo:

Al amparo de la causal primera de casación, la impugnante acusa la sentencia de haber violado de forma directa la ley sustancial, por cuanto incurrió en la falta de aplicación del inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, que contiene la agravación punitiva para el delito de concierto para delinquir, a pesar de que las pruebas valoradas por el Tribunal demostraban el supuesto de hecho descrito en la norma en cita.

Expresa que la imputación jurídica deducida a los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA en la resolución acusatoria incluyó el delito de concierto para delinquir agravado, por cuanto lo cometieron con *“fines de terrorismo... como integrantes de un grupo paramilitar”*, quienes se concertaron *“para la comisión de diversos delitos como la tortura, la violencia sexual, el secuestro y el tráfico de estupefacientes”*.

Expone que si bien la primera instancia absolvió a los acusados por el referido ilícito contra la seguridad pública, motivo por el cual allí no se hizo referencia a la circunstancia de agravación prevista en el inciso 2° del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, el Tribunal, *contrario sensu*, concluyó que sí se configuraba la infracción en cuestión y por ello revocó la decisión del *a quo* en ese específico aspecto, lo cual sustentó en los testimonios de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, sus hermanos ALIX y JUAN GABRIEL, así como en el de DINAEL LÁZARO PÉREZ, afirmando que se trataba “*de una organización que reúne todos los requisitos de una sociedad criminal... que permitió el desarrollo de las actividades delictivas perpetradas por CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA*”, así que los condenó por el reato de concierto para delinquir, pero sin deducirles la agravación punitiva anotada, a pesar de que les fue imputada en la resolución acusatoria.

Afirma entonces la actora, que el concierto se produjo para cometer los delitos de homicidio, como el consumado en las personas de la madre y la hermana de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, pero también para ejecutar otros, como incluso lo admitieron los juzgadores de instancia en punto de las conductas punibles de secuestro, por cuanto JOHANA MILENA fue sustraída a la fuerza tras la muerte de sus consanguíneos; tortura psicológica, porque permanentemente fue amenazada de que tendría la misma

suerte de sus familiares si escapaba y; tráfico de estupefacientes, pues la ofendida puso de presente que los procesados sembraban y procesaban coca en un predio que le pertenecía a la familia de ellos, sustancia que luego entregaban a alias “*El Chacal*” (ERLIN LEZCANO ARROYO), actividad que también refirió DINAEL LÁZARO PÉREZ, mientras que ALIX SANDOVAL RINCÓN hizo referencia a que iban a matar a su hermano JUAN GABRIEL por transportar la droga sin saber que lo hacía, cuando el que en verdad adelantaba esa actividad era CÉSAR NIÑO BALAGUERA, el cual tenía una estrecha relación con FABIO ANTONIO RODRÍGUEZ GAONA, alias “*El Rolo*”, por entonces comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Incluso la censora recuerda que el acusado CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA afirmó en la audiencia pública, que le colaboraba a su hermano CÉSAR en el procesamiento del alcaloide, el cual luego era entregado a las AUC.

Adicionalmente, la impugnante recuerda que el Tribunal señaló que *“se sabe que esta modalidad de narcotráfico, además está dirigida a financiar y promover grupos al margen de la ley, los cuales se han concertado para la comisión de delitos indeterminados”*.

Así las cosas, la recurrente solicita casar parcialmente la sentencia y que se condene a los implicados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por el delito de concierto para delinquir, incluyendo la

agravación punitiva contenida en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal.

Tercer cargo:

La recurrente denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto el Tribunal incurrió en errores de hecho por falso juicio de identidad por mutilación de la prueba, lo que dice, condujo a la falta de aplicación de los artículos 137 y 138 del Código Penal que recogen los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, respectivamente, pues de no haberse cometido dichos errores se habría demostrado que tales conductas punibles se cometieron por razón del conflicto armado interno, así que no constituyen delitos comunes como lo concluyó el *ad quem*.

Expone que los juzgadores de instancia, además de aceptar la existencia del conflicto armado interno, identificaron varios elementos a partir de los cuales era posible extraer la relación entre la violencia sexual y la tortura padecidas por JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN y el conflicto armado en la zona del Catatumbo donde ocurrieron los hechos, como que los agresores eran parte en el conflicto y la violencia que ejercieron para adelantar los cultivos ilícitos era su forma de operar.

Así mismo, indica que de no haberse incurrido en la distorsión de la prueba, se habría dado por demostrado que *“el conflicto armado jugó un papel sustancial en a) la decisión del autor de realizar la conducta prohibida; en b) su capacidad de llevarla a cabo y; en c) la manera de ejecutarla”*.

En relación con que *“a) el conflicto armado fue determinante en la decisión”* de cometer los delitos, pone de presente que según lo declararon la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, su padre JUAN NEPOMUCENO SANDOVAL OCHOA, su hermana ALIX y DINAEL LÁZARO PÉREZ; el comandante paramilitar FABIO ANTONIO RODRÍGUEZ GAONA había dado la orden de ultimar a la familia SANDOVAL RINCÓN, lo que fue aprovechado por CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, en su condición de miembros del grupo armado ilegal, para cometer los ilícitos contra la ofendida.

En relación con que *“b) el conflicto armado fue determinante en la capacidad de cometer los delitos”*, expresa que los mencionados testigos no solo señalaron que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA pertenecían a un grupo armado al margen de la ley, sino que en particular DINAEL LÁZARO PÉREZ expuso la manera como operaba en la región donde ocurrieron los hechos, dando cuenta de su dedicación a la producción de coca,

mientras que ALIX SANDOVAL RINCÓN relató que el dominio ejercido por el grupo era intimidante, lo cual también fue referido por la ofendida JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, de donde se deduce claramente la capacidad de los hermanos NIÑO BALAGUERA para perpetrar los ilícitos contra JOHANA MILENA derivada del control que ejercían sobre la población civil, al punto que luego de su liberación fue amenazada por la familia NIÑO BALAGUERA y perseguida ella y su familia por el grupo paramilitar.

Respecto de que *“c) el conflicto armado fue determinante para la forma de cometer los delitos”*, la impugnante aduce que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, al pertenecer al grupo paramilitar que dominaba la región donde ocurrieron los hechos, pudieron cometer los ilícitos gracias a que tenían garantizada, no solo la posibilidad de cometer las conductas punibles contra la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, sino la evasión de las autoridades y la prolongación de la violencia contra la citada.

Expone que a pesar de que los juzgadores de instancia valoraron las pruebas antes referenciadas, dejaron de lado su contenido, arribando a la conclusión de que el secuestro, el acceso carnal violento y la tortura, respondieron a razones personales de CÉSAR NIÑO BALAGUERA ajenas a la lucha territorial adelantada por un grupo paramilitar, a pesar de que una apreciación completa de los medios de convicción permite deducir que si bien el

mencionado tenía unas razones personales para someter en su vida, libertad e integridad física, psicológica y sexual a JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, su actuar y el de su hermano CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA fue determinado por su pertenencia a un grupo paramilitar, lo cual jugó un papel esencial para cometer los referidos delitos.

Por tanto, solicita casar parcialmente la sentencia y que se condene a CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer y tercer cargo:

Inicialmente precisa que como en estas dos censuras se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial con el mismo alcance, salvo algunas especificidades, procede a analizarlas en conjunto.

En esa medida, señala que para el efecto hará referencia a tres temas que a su juicio refirió la demandante, es decir, a) la existencia de delitos de lesa humanidad, b) la violencia contra la mujer en el contexto del conflicto armado y c) el caso concreto de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN.

Respecto de “a) *la existencia de delitos de lesa humanidad*”, señala que no concurre su presencia en el *sub judice*, visto lo precisado al respecto por esta Corporación (CSJ AP, 23 May. 2012, Rad. 34180 y CSJ SP, 14 Ago. 2012, Rad. 39681), en tanto que los ilícitos que aquí se juzgan no constituyeron un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, pues la agresión se dirigió a miembros de la familia SANDOVAL RINCÓN.

De otra parte, en cuanto hace relación a “b) *la violencia contra la mujer en el contexto del conflicto armado*”, señala que es necesario referirse a los siguientes aspectos: “(i) *elementos para determinar si el caso debe ser resuelto con perspectiva de género; (ii) contextualización del conflicto. Autores como agentes del conflicto armado y; (iii) violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado*”.

En punto de los “(i) *elementos para determinar si el caso debe ser resuelto con perspectiva de género*”, indica que para el efecto se toman en cuenta los siguientes criterios⁴: “*Si en la decisión judicial se encuentra de por medio una mujer*” y si “*los hechos en disputa versan sobre un tema de equidad de género, tales como... casos de violencia contra la mujer*”.

⁴ Señalados en la obra “*Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*” del Consejo Superior de la Judicatura.

En lo que tiene que ver con la “(ii) contextualización del conflicto. Autores como agentes del conflicto armado”, sostiene que tras la violencia política surgida entre liberales y conservadores afloró la subversión, luego de la cual hicieron presencia las autodefensas para enfrentar a esta última produciéndose una violencia extrema, lo que dio lugar a un conflicto armado que ha sembrado en las ciudades y los campos la muerte, el desplazamiento, la extorsión y la corrupción, conflicto del cual son agentes activos la subversión, los paramilitares y las fuerzas armadas.

Ahora, en relación con la “(iii) violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado”, aduce que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2008, es necesario tener en consideración factores de vulnerabilidad de las mujeres por causa de su condición femenina en el conflicto armado, tribunal que señaló varios riesgos a los que aquellas están expuestas en ese escenario, en particular al “riesgo de violencia sexual” por parte de los actores armados ilegales y a “los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales”.

Ahora, frente a “c) *el caso concreto de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN*”, de una parte recuerda que el juez *a quo* descartó que los delitos de tortura y acceso carnal violento se hubiesen realizado con ocasión o en desarrollo del conflicto armado, pues adujo que las familias SANDOVAL RINCÓN y NIÑO BALAGUERA no eran antagonistas armados, concluyendo que la conducta de los acusados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, frente a las aludidas infracciones, era atípica.

De otro lado, expresa que si bien el Tribunal dio por demostrados los delitos de tortura y acceso carnal violento, lo hizo respecto de su modalidad común, a pesar de que también dio por probado la existencia de un conflicto armado interno en Colombia.

Así las cosas, una vez el representante del Ministerio Público recuerda criterio de autoridad sobre el concepto de conflicto armado y su existencia en Colombia, circunstancia que implica la obligación de especial protección de la población civil (CSJ SP, 23 Mar. 2011, Rad. 35099), señala que como hay prueba demostrativa de que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA pertenecían a un grupo paramilitar, como lo aseguraron JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, su hermana ALIX, su padre JUAN NEPOMUCENO SANDOVAL OCHOA y DINAEL LÁZARO PÉREZ, quienes a su vez dieron cuenta de que aquellos se dedicaban a la

producción de coca junto con los comandantes paramilitares FABIO ANTONIO RODRÍGUEZ GAONA y ERLIN LEZCANO ARROYO, sin olvidar que el propio CLODOMIRO en la audiencia pública expresó que auxiliaba a su hermano CÉSAR en el procesamiento del estupefaciente, amén de que los estudios⁵ sobre el conflicto han revelado que éste se ha desarrollado en la Zona del Catatumbo, región donde ocurrieron los hechos; de lo anterior se sigue que se equivocó el juzgador al concluir que los delitos imputados no tenían relación con el conflicto armado.

En ese sentido, expone que los delitos de que fue víctima JOHANA MILENA SALDOVAL RINCÓN pudieron ejecutarse gracias al sometimiento ejercido sobre ella en razón de ser los acusados integrantes de un grupo armado al margen de la ley, lo que les daba la oportunidad de materializar las amenazas contra ella y su familia si se resistía a sus pretensiones, intimidaciones que incluso se habían concretado con la muerte de la madre y la hermana.

En esa medida, expresa el representante del Ministerio Público que es bien diverso el temor que despierta un grupo de delincuencia común, respecto del estado de zozobra generado por uno armado al margen de la ley con amplio dominio sobre una zona, el cual cuenta

⁵ *Género, desplazamiento y refugio frontera Colombia y Venezuela*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.

con medios bélicos, frente a lo cual una mujer sola resulta vulnerable.

Por tanto, sostiene que la demandante acertó cuando afirmó que el juzgador violó la regla de la experiencia que ha regido en el marco del conflicto armado interno según la cual, la posición de dominio que le da al agresor pertenecer a un grupo armado al margen de la ley determina un sometimiento diferente de la víctima; mas también erró cuando le dio un alcance diverso a las pruebas y la jurisprudencia, pues es claro que los integrantes de un grupo armado someten a la población civil, de la cual hacía parte JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, sometimiento que incluso se extiende a las decisiones más íntimas y personales, como es la de iniciar y terminar una relación sentimental, lo que permite concluir que en este caso la conducta de los procesados sí guardó relación con el conflicto.

Así mismo, concuerda con la recurrente en punto de que el conflicto armado interno fue determinante en la capacidad efectiva para cometer los delitos de que fue víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, pues ésta se encontraba en un entorno de coacción que la afectaba de manera particular al saber del alcance del ejercicio de la

violencia por parte de sus agresores, dado que integraban un grupo armado al margen de la ley.

De otro lado, indica que si bien no es posible afirmar, como lo hizo la impugnante, que el conflicto armado interno fue determinante para tomar la decisión de cometer los delitos contra la ofendida, no puede ignorarse que sí se llevaron a cabo con ocasión del mismo, pues evidentemente los hechos sí guardan una relación directa con su desarrollo, lo que hace posible adecuarlos típicamente a los delitos especiales por los que fueron acusados los procesados, independientemente de que a los homicidios de la madre y la hermana de la víctima no se les haya dado esa connotación, pues ello se juzgó de manera independiente.

Así las cosas, el representante del Ministerio Público concluye que los cargos primero y tercero están llamados a prosperar, añadiendo que no era posible, como lo concluyó el juez *a quo*, que se absolviera a los implicados al no estar demostrado que los delitos de tortura y acceso carnal violento se habían producido con ocasión del conflicto armado interno (art. 137 y 138 del C.P.), pues, en gracia de discusión, concurrían elementos de juicio para deducirlos en su modalidad común (art. 178 y 205 *ibidem*), alternativa a la que era factible acudir conforme lo ha señalado esta Corporación (CSJ SP, 16 Mar.2011, Rad. 32685), así que como petición subsidiaria, en caso de que la Sala no acepte la postura inicialmente expuesta, solicita que se case parcialmente la sentencia y se condene a los inculpados por la referida modalidad común.

Adicionalmente, expresa que no era posible que el Tribunal, tras absolver a los procesados por los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, dispusiera la compulsión de copias para que se investigaran en su modalidad común, pues los “hechos” que les servían de sustento son los mismos que aquí se juzgan, de manera que aquella determinación riñe con el principio de *non bis in ídem*.

Segundo cargo:

Expone que como esta censura se orientó a comprobar que se configura el delito de concierto para delinquir agravado mas no solo simple, pues se constató que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA eran miembros del grupo armado ilegal llamado “Águilas Negras”, del cual surgió la orden por uno de sus jefes de ultimar a la familia SANDOVAL RINCÓN, concretándose así la muerte de la madre y la hermana de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, pero además se demostró que los inculcados también se dedicaban a actividades de narcotráfico, de esto se sigue que en efecto tales conductas se adecuan al inciso 2º del artículo 340 del Código Penal.

En esa medida, hace alusión a la prueba de la que se desprende esa conclusión y recuerda que si bien la primera instancia descartó la configuración del delito de concierto

para delinquir simple, el Tribunal lo dio por demostrado, a pesar de que así mismo reconoció que el grupo armado ilegal al que pertenecían los acusados se dedicaba al narcotráfico y que con él se financiaba, por lo que ha debido condenarlos por la modalidad agravada.

Por tanto, expresa que el cargo está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Inicialmente conviene recordar que es criterio constante de esta Sala, que admitida la demanda de casación, se entienden superados los defectos formales que ella evidencie, por lo cual se impone resolver de fondo los cuestionamientos que por su conducto se le hayan formulado a la sentencia de segundo grado⁶.

Así las cosas, como quiera que los cargos uno y tres del libelo allegado a nombre de la parte civil promovida por JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, contienen predicados coincidentes, al punto que se sustentan en la misma causal y denuncian errores de hecho que desembocan en igual pretensión, se estudiarán conjuntamente, como lo hizo el representante del Ministerio Público.

⁶ En este sentido, CSJ SP, 25 May. 2006, Rad. 21213; CSJ SP, 22 Ago. 2008, Rad. 29258; CSJ SP, 2 Dic. 2008, Rad. 25787 y; CSJ SP, 11 Mar. 2009, Rad. 25355, entre muchas otras.

Primer y tercer cargos:

Como en esencia están orientados a que se case parcialmente la sentencia en orden a que se condene a los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, a CÉSAR en la condición de autor de esas dos infracciones y a CLODOMIRO en calidad de cómplice de la primera y autor de la segunda, por cuanto las pruebas objetivamente señalan que tales conductas punibles se cometieron con ocasión del conflicto armado interno, que según sostiene la censora, genera riesgos de vulnerabilidad en la mujer como ataques sexuales conforme aquí sucedió, distinto a lo deducido por el Tribunal, quien a pesar de admitir que los citados eran integrantes de un grupo armado ilegal que operaba en la región donde ocurrieron los hechos que son objeto de juzgamiento, concluyó que las referidas infracciones simplemente se cometieron para satisfacer intereses personales de los mencionados y por ello fueron ajenas al conflicto; corresponde determinar si la tesis de la demandante se ajusta al contenido de los elementos de convicción obrantes en la actuación o si, *contrario sensu*, la decisión confutada fue acertada.

Para el efecto, inicialmente resulta indispensable establecer si en Colombia se puede predicar la existencia de

un conflicto armado interno, de manera que resuelto lo anterior, por igual es necesario determinar si frente al caso de la especie tal conflicto tuvo incidencia en la comisión de los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, por los que fueron acusados los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, sin perder de vista, al hacer ese análisis, que la víctima fue una mujer.

La necesidad de responder lo anterior, radica en el hecho de que las citadas conductas punibles exigen para su configuración del elemento normativo “*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado*”.

En cuanto hace relación a la determinación acerca de la **existencia de un conflicto armado interno en Colombia**, es preciso anotar que la Corte, a partir de lo consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y de lo estipulado en el artículo 1 del Protocolo II Adicional a los referidos Convenios, ha señalado sobre el particular:

“Dado que en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no se definió el conflicto armado no internacional —como si lo referenciaron los protocolos adicionales—, sí existen criterios establecidos a partir de las negociaciones de dicho artículo, que permiten distinguir entre esa clase de conflictos, de un simple acto de disturbio o bandidaje y por lo tanto de corta duración. Sin embargo, tan solo constituyen

criterios básicos de aproximación pues la expresión misma tiene un vasto ámbito de aplicación. Un listado de esas condiciones se halla en la publicación del Comentario al Protocolo II y del artículo 3 de los Convenios, en principio se dijo⁷:

“(…)

De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las dos partes está en posesión de una parte del territorio internacional y, a menudo, existe alguna forma de frente.”⁸

De manera pues que no es necesario que el Estado declare formalmente la existencia de un conflicto armado interno. Así, en criterio de Jean Pictet, en el artículo 3

«Se habla de un conflicto armado que tiene lugar entre las fuerzas gubernamentales y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte del territorio un control tal que les permite llevar a cabo operaciones militares continuas y concertadas y aplicar el Protocolo. Se tomó también la precaución de excluir expresamente los simples disturbios interiores, motines, tensiones y actos aislados de violencia.”⁹

De lo expuesto se colige que aunque la conceptualización de conflicto no internacional es compleja y los gobiernos tienden a no aceptar su existencia; se está ante uno de esa naturaleza cuando los rasgos de un conflicto internacional se presentan en

⁷ “Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza & Janes Editores Colombia S.A. Texto original en francés, traducción primera edición en noviembre de 1998.

⁸ “Pág. 338.”

⁹ “PICTEC Jean, Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, TM Editores, Instituto Henry Dunant, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998, pág. 57.”

el territorio de un Estado al verificarse elementos tales como: (i) enfrentamiento entre partes, ya sea fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados; (ii) un mando responsable, sin que implique una organización “tradicional” militar sino una suficiente para llevar a cabo operaciones militares calificadas, y con la posibilidad de imponer una disciplina; (iii) un control del territorio, sin que sea relevante la porción o permanencia, solo un control “tal” que le permita servir el Protocolo y realizar las operaciones; (iv) el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares está lejos de coincidir con lo permanente —duración— o esporádico pero, eso sí, unido a la forma de ser organizado, ordenado y preparado; y (v) capacidad de aplicar el Protocolo, lo que no indica que en efecto ello sea constante, sino que se tenga la capacidad, ya que se posee la estructura para hacerlo.

La realidad colombiana es evidente, existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración¹⁰” (CSJ SP, 23 Mar. 2011, Rad. 35099).

Ahora, precisadas las características de un conflicto interno armado y que la Sala ha reconocido la existencia de uno de esas dimensiones en el país, en adelante se ofrece necesario **determinar si tal conflicto tuvo incidencia en la comisión de los delitos** de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, por los que, entre

¹⁰ “El término conflicto armado interno, no internacional, ha sido utilizado en diversas oportunidades por esta Corporación. Véase, por citar solo algunas, sentencias del 21 de julio de 2004 (radicado 14538), 15 de febrero de 2006 (radicado 21330), 12 de septiembre de 2007 (radicado 24448), 27 de enero de 2010 (radicado 29753) y noviembre 24 de 2010 (radicado 34482); autos del 15 de julio de 2009 (radicado 32040), 21 de septiembre de 2009 (radicado 32022) y 30 de septiembre de 2009 (radicado 32553)”.

otros, fueron acusados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, conductas punibles que hacen parte de aquellas que atentan contra el derecho internacional humanitario.

Con ese propósito, es indispensable traer a colación lo que la Sala ha sostenido en orden a establecer si se presenta un nexo causal entre el conflicto interno armado y los delitos que se juzgan en un caso particular, con el fin de conocer si se trata de aquellos que atentan contra el derecho internacional humanitario.

En torno al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en materia penal, la Corte Constitucional, en sentencia C-291 del 25 de abril de 2007... sostuvo:

*«El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las **condiciones de índole temporal, espacial y material**; tales condiciones hacen que “el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades”¹¹; que “una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) [E]l requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales”¹²; y que “las*

¹¹ «Traducción informal: “the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995.»

¹² «Traducción informal: “A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial

leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste.¹³

1.2.1. En **términos temporales**, “*el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico*”¹⁴.

1.2.2. En **términos geográficos**, el Derecho Internacional Humanitario se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al precisar que “*no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra*”.¹⁵ La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “*no es*

Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.»

¹³ «Traducción informal: “The laws of war may frequently encompass acts which, though they are not committed in the theatre of conflict, are substantially related to it.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.»

¹⁴ «Traducción informal: “International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. Reiterado en los casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006; **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001; y **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.»

¹⁵ «Traducción informal: “There is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.»

*necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios*¹⁶; que “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario”¹⁷; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”¹⁸; y así mismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en “todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea que allí se desarrollen los combates como tales o no”¹⁹. De tal manera, cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario “sería suficiente (...) que los crímenes

¹⁶ «Traducción informal: “It is not necessary to establish the existence of an armed conflict within each municipality concerned. It suffices to establish the existence of the conflict within the whole region of which the municipalities are a part.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000. Reiterado en el caso del **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006.»

¹⁷ «Ibid.»

¹⁸ «Traducción informal: “the Prosecutor did not have to prove that there was an armed conflict in each and every square inch of the general area. The state of armed conflict is not limited to the areas of actual military combat but exists across the entire territory under the control of the warring parties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.»

¹⁹ «Traducción informal: “International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. En igual sentido, ha afirmado este tribunal que “el marco geográfico y temporal de este test también es jurisprudencia consolidada: los crímenes cometidos en cualquier lugar del territorio bajo el control de una parte del conflicto, hasta que se logre un arreglo pacífico del conflicto, caen bajo la jurisdicción del Tribunal” [Traducción informal: “The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005]. Regla reiterada en los casos de **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005; y **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.»

*alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto*²⁰.

1.2.3. En **términos materiales**, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto²¹. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; “solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión”.²² La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe “en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el

²⁰ “Traducción informal: “it would be sufficient (...) that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. Igual regla fue aplicada en los casos de **Fiscal vs. Dusko Tadic**, anteriormente citado; **Fiscal vs. Radoslav Brđjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004; **Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic**, sentencia del 31 de marzo de 2003; **Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006; y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.”

²¹ “El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuandoquiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” [“closely related to the hostilities”; **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995], cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos [“an obvious link”; caso del **Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998], un “nexo claro” entre los mismos [“a clear nexus”; id.]; o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” [“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”; caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000].”

²² “Traducción informal: “Not all unlawful acts occurring during an armed conflict are subject to international humanitarian law. Only those acts sufficiently connected with the waging of hostilities are subject to the application of this law. (...) It is necessary to conclude that the act, which could well be committed in the absence of a conflict, was perpetrated against the victim(s) concerned because of the conflict at issue.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.”

que se ha cometido —v.g. el conflicto armado—²³. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes²⁴. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”²⁵, y que “el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de

²³ “Traducción informal: “Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que “lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–” [Traducción informal: “What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].”

²⁴ “Traducción informal: “59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexos existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador” [Traducción informal: “In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].”

²⁵ “Traducción informal: “the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.”

*cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*²⁶. (CSJ SP, 23 Mar. 2011, Rad. 35099)

Es del caso agregar, frente a lo señalado en el aparte final que se acaba de traslitar, en donde se hace referencia a las condiciones de índole material y en especial a que emerja la existencia de un nexo causal entre el crimen y el conflicto armado interno, que allí se indica que es indispensable tener presente, entre otras circunstancias, la relativa a *“la calidad de no combatiente de la víctima”*; por tanto, es preciso recordar que esta Sala ha expresado, en punto del concepto de población civil, una de las categorías de no combatiente protegida por el derecho internacional humanitario y que es la que importa en el *sub judice*, lo siguiente en orden a fijar su alcance:

...no hay una definición legal expresa sobre lo que debe entenderse por población civil. Por ello, ha sido la jurisprudencia internacional y nacional la que se ha ocupado del punto, tomando como soporte los instrumentos internacionales.

(...)

²⁶ *“Traducción informal: “the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed”.* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso *Limaj*: *“No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo”* [Traducción informal: *“The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit that crime.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].”

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-291 de 2007... explicó el concepto partiendo del principio de distinción que opera en los conflictos armados no internacionales:

*“Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”. La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de “civil” para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad*²⁷.

3.3.2.1. “Personas civiles”

Una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.

El primer requisito —el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares—, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de “civil”.²⁸ Por su parte, el

²⁷ Ver, por ejemplo, el caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

²⁸ Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles.” Se precisa en

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son “las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas”²⁹, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.

El segundo requisito -el de no tomar parte en las hostilidades- ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas.³⁰ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el Artículo 3 Común -aplicable a los conflictos armados internos-, “es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades”³¹, para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: “si, al momento de la comisión del hecho aludidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las

tal estudio que esta norma es aplicable, para efectos del principio de distinción, en los conflictos armados no internacionales.

²⁹ Traducción informal: “Civilians within the meaning of Article 3 are persons who are not, or no longer, members of the armed forces”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

³⁰ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (hors de combat). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora.”

³¹ Traducción informal: “Where the charges are specifically based on Common Article 3, it is necessary to show that the violations were committed against persons not directly involved in the hostilities.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

*hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las procripciones contenidas en el Artículo 3 común*³². En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su status legal en abstracto³³

³² Traducción informal: “whether, at the time of the alleged offence, the alleged victim of the proscribed acts was directly taking part in hostilities, being those hostilities in the context of which the alleged offences are said to have been committed. If the answer to that question is negative, the victim will enjoy the protection of the proscriptions contained in Common Article 3”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Reiterado en el caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

³³ Afirmó el Tribunal que “las conclusiones basadas en este criterio dependerán de un análisis de los hechos más que del derecho” [Traducción informal: “The conclusions grounded on this criterion will depend on an analysis of the facts rather than the law.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000. Esta regla de apreciación fáctica para determinar el status de civil, no se aplica en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes no pierden su condición de participantes activos en las hostilidades por el hecho de no encontrarse en situación de combate en un momento determinado. Así lo ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al precisar que la regla según la cual la situación específica de la víctima al momento de los hechos debe tomarse en cuenta al determinar su status como civil, no debe prestarse a malentendidos en el sentido de adscribir esta categoría a los miembros de las Fuerzas Armadas por el hecho de no encontrarse combatiendo en un momento determinado. En términos del Tribunal: “Sin embargo, la postura de la Sala de Decisión según la cual la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes debe ser tenida en cuenta al determinar su posición de civil, puede prestarse a malentendidos. El Comentario del CICR es ilustrativo en este punto y establece: Todos los miembros de las fuerzas armadas son combatientes, y solamente los miembros de las fuerzas armadas son combatientes. Ello debería descartar, por lo tanto, la noción de cuasi-combatientes, que a veces se ha utilizado basada en actividades que se relacionan más o menos directamente con los esfuerzos bélicos. En forma similar, cualquier noción de un status de tiempo parcial, de un status semi-civil y semi-militar, de soldado de noche y ciudadano pacífico de día, también desaparece. Un civil que se incorpora a una organización armada (...) se convierte en un miembro del aparato militar y en combatiente durante la duración de las hostilidades (o, en cualquier caso, hasta que haya sido permanentemente desmovilizado por el comando responsable...), sea que se encuentre o no en combate, o por ese momento armado. (...) En consecuencia, la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes puede no ser determinante de su estatus de civil o no civil. Si es, en efecto, un miembro de una organización armada, el hecho de que se encuentre o no armado o en combate al momento de la comisión de los crímenes no le atribuye el status de civil” [Traducción informal: “However, the Trial Chamber’s view that the specific situation of the victim at the time the crimes were committed must be taken into account in determining his standing as a civilian may be misleading. The ICRC Commentary is instructive on this point and states: All members of the armed forces are combatants, and only members of the armed forces are combatants. This should therefore dispense with the concept of quasi-combatants, which has sometimes been used on the basis of activities related more or less directly with the war effort. Similarly, any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, soldier by night and peaceful citizen by day, also disappears. A civilian who is incorporated in an armed organization such as that mentioned in paragraph 1, becomes a member of the military and a combatant throughout the duration of the hostilities (or in any case, until he is permanently demobilized by the responsible command referred to in paragraph 1), whether or not he is in combat, or for the time being armed. (...) As a result, the specific situation of the victim at the time the crimes are committed may not be determinative of his civilian or non-civilian status. If he is indeed a member of an armed organization, the fact that he is not armed or in combat at the time of the commission of crimes, does not accord him civilian status”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.”]

, y teniendo en cuenta que —según se señaló anteriormente— la noción de “hostilidades”, al igual que la de “conflicto armado”, trasciende el momento y lugar específicos de los combates, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.³⁴

3.3.2.2. “Población civil”

Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil.³⁵ La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas.³⁶ La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil”, no altera el carácter civil de dicha población.³⁷ “No es necesario que todos y cada uno de los

³⁴ Ver, a este respecto, el caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005

³⁵ Ver a este respecto los casos del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005, y del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.

³⁶ Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles.”

³⁷ “La presencia de combatientes individuales entre la población no cambia su carácter civil”. [Traducción informal: “The presence of individual combatants within the population does not change its civilian character.”] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003, reiterado en el caso de

Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005. **Ver igualmente el caso Blaskic**: “la presencia dentro de la población civil de individuos que no encuentran bajo la definición de civiles no priva a tal población de su carácter civil” (...) Finalmente, puede concluirse que la presencia de soldados dentro de una población civil atacada intencionalmente no altera la naturaleza civil de esa población” [Traducción informal: “[t]he presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character”. (...) Finally, it can be concluded that the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population”. Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000], y el caso **Kupreskic**: “la presencia de quienes están activamente involucrados en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil” [Traducción informal: “the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian”. Caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000]. La Sala de Apelaciones del tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que la regla según la cual la presencia de soldados dentro de una población civil no altera su naturaleza como tal, debe ser apreciada teniendo en cuenta el número de soldados, así como si están en licencia o si se encuentran permanentemente asentados en medio de la población; así, en el caso **Blaskic** se explicó: “La Sala de Decisión también afirmó que la ‘presencia de soldados dentro de una población civil intencionalmente atacada no altera la naturaleza civil de esa población’. El Comentario del CICR en este punto dispone: ...en tiempos de guerra es inevitable que individuos que pertenecen a la categoría de combatientes se entremezclen con la población civil, por ejemplo, soldados de licencia visitando

*miembros de esa población sean civiles, es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”.*³⁸

Por otra parte, a nivel de derecho consuetudinario cuando las personas civiles o fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción³⁹, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.⁴⁰ Así lo establece a nivel convencional el artículo 13-3 del Protocolo

*a sus familias. Sin embargo, siempre y cuando éstas no sean unidades regulares con números significativamente altos, ello no cambia de ninguna manera el carácter civil de una población. Por lo tanto, para efectos de determinar si la presencia de soldados dentro de una población civil priva a la población de su carácter civil, el número de soldados, así como si se encuentran en licencia, debe ser examinado.” [Traducción informal: “The Trial Chamber also stated that the “presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population.” The ICRC Commentary on this point states: ...in wartime conditions it is inevitable that individuals belonging to the category of combatants become intermingled with the civilian population, for example, soldiers on leave visiting their families. However, provided that these are not regular units with fairly large numbers, this does not in any way change the civilian character of a population. Thus, in order to determine whether the presence of soldiers within a civilian population deprives the population of its civilian character, the number of soldiers, as well as whether they are on leave, must be examined”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] Idéntica regla fue reiterada en los casos del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004, y del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.*

³⁸ Traducción informal: “It is not required that every single member of that population be a civilian – it is enough if it is predominantly civilian in nature, and may include, e.g., individuals hors de combat.³⁵¹ [351 Jelisić Trial Judgement, para. 54; Blaškić Appeal Judgement, paras 111-113. For ICTR jurisprudence, see Akayesu Trial Judgement, para. 582; Kayishema Trial Judgement, para. 128.]” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Radoslav Brdjanin**, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del Derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades”. Ver en el mismo sentido la Regla 6 de la Sistematización del CICR: “Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...La Comisión desea hacer hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos.”

Adicional II, en virtud del cual “las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

Ahora, precisado el alcance del concepto de población civil, el cual se trajo con el propósito de ahondar acerca de las condiciones de índole material que deben concurrir para efectos de determinar la existencia de un nexo causal entre un delito y el conflicto armado interno, es necesario recordar, en punto del aspecto que se está tratando (condiciones de índole material), que respecto de la mujer, por sus particulares circunstancias de vulnerabilidad frente a abusos sexuales en el escenario del conflicto, se ha construido un ámbito de especial protección cuando de investigar esos hechos se trata, por lo que resulta necesario traer a colación lo señalado por los Tribunales Internacionales y la legislación de la misma índole, así como lo expresado por la Corte Constitucional sobre el punto.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda expresó en el caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu (ICTR-96-4-T), en decisión del 2 de septiembre de 1998:

No se requiere la fuerza física para el sometimiento de la víctima sino la situación y las circunstancias del ambiente que puedan determinar un evento de intimidación, extorsión u otras formas de coacción que hagan a la víctima presa del temor o la

desesperación, las cuales son suficientes para configurar la ausencia de consentimiento, pudiendo resultar inherentes al conflicto armado o la presencia militar.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia sostuvo en el caso Fiscal vs. Miroslav Radic Kvočka (IT-98-30/1-T), en decisión del 2 de noviembre de 2001, lo siguiente:

Existen factores diversos a la fuerza, los cuales se traducirían en un acto de penetración sexual no consentida, ni aceptada voluntariamente por parte de la víctima.

Un concepto restringido de la noción de fuerza o amenaza del uso de la fuerza permitiría a los perpetradores evadir responsabilidad por su actividad sexual sobre la cual la otra parte no ha consentido debido a las ventajas que otorgan las circunstancias coercitivas sin las cuales no habría lugar a contar con la fuerza física.

Ahora, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se prevé:

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual.

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno

coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

De otro lado, la Corte Constitucional sostuvo, en relación con los riesgos específicos que corren las mujeres en el conflicto armado interno por razón de su género, lo siguiente:

*La violencia ejercida en el conflicto armado interno colombiano victimiza de manera diferencial y agudizada a las mujeres, porque **(a) por causa de su condición de género, las mujeres están expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado...** a saber: (i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado... (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos.(Negrillas en el original. Auto 092 de 2008)*

Entonces, precisado que la Sala ha reconocido la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, pero también, que para efectos de establecer si un delito en concreto guarda un nexo de causalidad con el conflicto se han definido un conjunto de condiciones de índole temporal, espacial y material e, igualmente, que en punto de esta última condición es necesario tener en cuenta que respecto de la mujer, por su particular vulnerabilidad frente a abusos sexuales en aquel escenario, cuenta con un ámbito especial de protección; con fundamento en lo anterior, se procede a examinar si como se dice en la resolución acusatoria y lo sostiene la demandante, JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN fue víctima de los ilícitos de tortura y acceso carnal violento a manos de los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA y, a la par, si las condiciones atrás aludidas concurren en el *sub judice*, a efectos de predicar que tales conductas punibles guardan relación de consecuencia con el conflicto armado, por lo que se trata de aquellas descritas en los artículos 137 y 138 del Código Penal, respectivamente, mas no, como lo concluyó el Tribunal, de las infracciones indicadas en los artículos 178 y 205 *ibidem*, ordenando por ello la compulsas de copias para que se investigaran separadamente.

Con el fin de constatar lo anterior, se hace necesario recordar el contenido de la prueba, en especial la de

carácter testimonial de cargo, así como la postura de los procesados.

Para el efecto, es oportuno precisar inicialmente que en el caso de la especie, conforme se extrae de la referencia que de los hechos se hizo al comienzo en esta providencia, importa tener en cuenta los sucedidos a partir del 27 de enero de 2004, que es a los que se hace referencia en la resolución acusatoria, fecha en que JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN fue secuestrada por CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA.

En efecto, si bien JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN hizo alusión a hechos anteriores a esa fecha, valga decir, a unos acaecidos el 1º de noviembre de 2002, los cuales reflejan que ella se fue a vivir con el procesado CÉSAR NIÑO BALAGUERA en contra de la voluntad de sus padres y a su vez que se regresó al lado de su familia porque éste la golpeaba, se reitera que el aspecto fáctico que aquí interesa, por ser el analizado en detalle en la acusación, es el desarrollado a partir del 27 de enero de 2004.

Así las cosas, se tiene que JOHANA MILENA relató que en esta última calenda, tras el asesinato de su madre ANA ROSA RINCÓN y de su hermana NANCY a manos de CÉSAR NIÑO

BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALGUERA, estos se la llevaron por la fuerza, expresando al respecto:

CÉSAR y CLODOMIRO me llevaron por el camino a llegar (sic) a la casa donde ellos vivían. Yendo como a la mitad del camino ellos me llevan a rastras. Yo le dije a CÉSAR usted porque le hizo eso a mi mamá. El me decía, mire MILENA agradezca que su papá no estaba ni sus hermanas porque la orden era de (sic) matarlos a todos. De ahí yo comencé a decirle a CÉSAR que me soltara, que me dejara ver a mi mamá y CÉSAR me dijo a usted también la voy a matar. CÉSAR me botó lejos y me encañonó y yo le suplicaba que por amor de dios (sic) no me fuera a matar. Hasta que alcancé a llegar a donde CÉSAR estaba y él me decía que no me le acercara mucho porque me disparaba de verdad. Yo en ese momento le gritaba que porque había matado a mi mamá y él me decía MILENA cállese si no la mato a usted también.⁴¹

JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN por igual agregó, que tras ese episodio fue conducida a la casa de CÉSAR NIÑO BALAGUERA donde fue abusada sexualmente por éste, narrando sobre el particular lo siguiente:

CÉSAR me llevó como a las nueve de la noche [del 27 de enero de 2004] y caminamos hasta que llegó a la casa de él, pero la casa estaba sola, no había ningún familiar... César sacó una conchoneta y... unos lazos y me sacó a mí también y me amarró de las manos y abusó sexualmente de mí... Esa noche

⁴¹ Fl. 33 del C.O. No. 1. En el mismo sentido Fl. 208 del C.O. No. 4.

*que me violó me agarró de los pies y de las manos y me hizo (sic) que tenía que dormir con él.*⁴²

Ahora, luego de que JOHANA MILENA informó cómo los miembros de la Familia NIÑO BALAGUERA se prestaron para ocultarla y que CÉSAR y CLODOMIRO permanecían armados amenazándola todo el tiempo, recuerda que fue trasladada a Venezuela, así que cuando llegaron allí, el 18 de febrero de 2004 nuevamente fue ultrajada por el citado quedando embarazada⁴³ y como estaba indocumentada, el citado le fijó otros apellidos (PEÑARANDA LÓPEZ) para ocultar su identidad, siendo registrado su hijo por CÉSAR con fundamento en ellos⁴⁴.

Posteriormente, la víctima recordó que CÉSAR NIÑO BALAGUERA permanentemente la golpeaba y la amenazaba con matarla, así como a su familia⁴⁵, poniendo de presente:

El 24 de diciembre de dos mil dos siete, habíamos ido para una fiesta y CÉSAR andaba con mujeres y entonces ese día lo miré abrazado con otra mujer y yo sin decirle nada, yo no le reclamé para que él no me fuera a pegar... lo que hice fue que agarré al niño y me fui para la casa donde vivíamos y yo le dejé la puerta abierta para que él entrara y no peleara conmigo. Como a las tres de la mañana él llegó, yo lo escuché cuando llegó porque él hizo bulla. Y entre sí yo me hice la que estaba dormida. Cuando sentí fue que él prendió la motosierra que él

⁴² Fl. 34 del C.O. No. 1.

⁴³ Fl. 38 del C.O. No. 1.

⁴⁴ Fl. 42 del C.O. No. 1.

⁴⁵ Fl. 43 del C.O. No. 1.

*tenía y primero se la puso a la cama donde yo estaba durmiendo y él al ver que yo estaba dormida me la puso en un pie y las palabras que decía era que me iba a matar. Con el ruido del motor y de la bulla que él hacía, el niño se despertó y yo al escuchar que él decía que me iba a matar, yo también me hice que me había despertado y él me decía que me iba a matar.*⁴⁶

De otra parte, acerca de los vínculos de CÉSAR NIÑO BALAGUERA y sus hermanos, entre ellos CLODOMIRO, con los “paramilitares”, JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN declaró:

*Preguntado: Indíquenos por favor cuándo CÉSAR NIÑO BALAGUERA comienza a trabajar y/o hacer parte del grupo que usted denomina como paramilitares en el relato anterior. Contestó: Desde que él empezó a cultivar el corte de coca que tenía, CÉSAR lo procesaba en su casa, en su finca y le vendía a los paramilitares. Desde ahí fue que él empezó a tener contacto con ellos... desde el 2002... Preguntado: Ha manifestado usted que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y sus hermanos tenían relación con un grupo paramilitar. Sírvase indicar si sabe o conoce el nombre de la agrupación paramilitar a la que hace referencia. Contestó: Ese es el grupo que ahorita le dicen las Águilas Negras, pero antes solo se conocían como paracos... Preguntado: Usted habló en su relato de armamento que CÉSAR y sus hermanos iban a negociar para conformar un grupo paramilitar en El Carmen, infórmenos si sabe usted en dónde estaban consiguiendo ese armamento, a qué persona se lo iban a comprar y qué clase de armamento. Contestó: Eso lo escuché yo cuando fui a la casa de GERMÁN... y escuché cuando CÉSAR... y CLODOMIRO iban a conseguir el armamento con los paramilitares...*⁴⁷

⁴⁶ Folio 48 del C.O. No. 1.

⁴⁷ Fls. 55 a 58 del C.O. No. 1. En el mismo sentido Fls. 209 y 210 del C.O. No. 4.

Por su parte, ALIX SANDOVAL RINCÓN, hermana de la víctima, narró que en el año 2000 aparecieron grupos armados al margen de la ley en el municipio de Sardinata, es decir, donde tuvieron lugar los hechos que aquí son objeto de juzgamiento, los cuales comenzaron a ejecutar personas que según ellos eran colaboradores de la guerrilla⁴⁸, siendo amenazada por dicho motivo, a pesar de su neutralidad, lo que la obligó a abandonar la región en el año 2003.

También puso de presente que los grupos armados al margen de la ley atemorizaron a la población y le causaron la muerte a varias personas, entre ellas a su progenitora ANA ROSA RINCÓN y a su hermana NANCY, los cuales además secuestraron a JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, lo cual ocurrió después de que ella se refugió en la ciudad de Cúcuta, relatando cómo por su intermediación finalmente se logró que el 11 de enero de 2008 fuera rescatada y, a su vez, se produjera la captura de CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA⁴⁹. Además puntualizó:

*Preguntado: Díganos por favor si usted tiene conocimiento a qué grupo al margen de la ley pertenecen o pertenecieron los señores... CÉSAR NIÑO BALAGUERA [y] CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA...
Contestó: Ellos pertenecen al grupo de paramilitares de las AUC... Inicialmente CÉSAR lo comentaba con orgullo, la gente lo*

⁴⁸ Fl. 73 del C.O. No. 1.

⁴⁹ Fls. 74 a 76 del C.O. No. 1.

decía en la región... En Sardinata un paramilitar conocido con el alias de Socavón me lo dijo, porque él sabía de nuestro problema. Él me dijo textualmente que la familia [NIÑO BALAGUERA] trabajaba con ellos, los paramilitares,... y otros viajaban constantemente para la Gabarra, Tibú y toda la zona del Catatumbo donde se reunían para llevar a cabo negocios de droga.⁵⁰

De otra parte, JUAN NEPOMUCENO RINCÓN OCHOA, padre de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, relató que tras la extorsión de que fue víctima por parte de la guerrilla a su llegada a Sardinata en los años noventa, a la región arribaron los grupos armados al margen de la ley, respecto de los cuales expuso:

Resulta que después llegaron los paramilitares... y fue cuando empezaron a llegar a la casa y me estrujaban y decían que yo era un miliciano de la guerrilla y entonces [les decía] yo no soy ningún miliciano, a las mujeres y a los hijos los estrujaban y decían que mi mujer era quien le colaboraba a la guerrilla porque ella les vendía. De ahí fue que cuando CÉSAR NIÑO BALAGUERA empezó a llegar a la casa con esa gente y yo no sabía nada pero de un momento a otro se llevó a MILENA...⁵¹

Relata que del rapto de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN participaron CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA⁵² y que estos luego la trasladaron a Venezuela,

⁵⁰ Fls. 77 y 78 del C.O. No. 1.

⁵¹ Fl. 81 del C.O. No. 1.

⁵² Fl. 85 del C.O. No. 1

manteniéndola amenazada de que si escapaba lo mataban a él y a su familia⁵³.

Por su parte, DINAEL LÁZARO PÉREZ sostuvo que CÉSAR NIÑO BALAGUERA era quien le proveía de coca al jefe paramilitar FABIO RODRÍGUEZ GAONA e, igualmente, refirió que vio pasar a CÉSAR en compañía de CLODOMIRO llevando del cabello a JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN el día que le dieron muerte a la madre y la hermana de ésta⁵⁴

De otro lado, CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA sistemáticamente negaron que hubiesen cometido los delitos de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, pues al respecto señalaron que JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN simplemente se había ido a vivir voluntariamente con el primero y que nunca la maltrataron. Además, por igual rechazaron permanentemente que fueran integrantes de un grupo armado al margen de la ley. Finalmente, CLODOMIRO, en la audiencia pública, admitió que le ayuda a su hermano CÉSAR en la producción de coca⁵⁵.

Entonces, la reseña del contenido de la prueba permite concluir que los hechos objeto de juzgamiento se desarrollaron a partir del año 2004 en el municipio de

⁵³ Fl. 87 del C.O. No. 1.

⁵⁴ Fls. 67 y 68 del C.O. No. 5.

⁵⁵ Fl. 148 del C.O. No. 9.

Sardinata, el cual integra la Región del Catatumbo. También, que en la zona en cita inicialmente hizo presencia la subversión ejerciendo su dominio, por lo menos hasta finales de los años noventa, tras lo cual, se presentó una disputa con los grupos armados al margen de la ley, inicialmente con las Autodefensas Unidas de Colombia y posteriormente con las llamadas Águilas Negras (después de la desmovilización de las primeras en 2005), en medio de la cual resultó afectada la población civil.

Entonces, hasta aquí se tiene que en la Región del Catatumbo, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos que aquí son materia de juzgamiento, en efecto se desarrollaba el conflicto armado interno que aqueja al país, es decir que frente al caso particular, concurren las condiciones de índole “espacial” y “temporal” que de acuerdo con la Sala, acogiendo el criterio de la Corte Constitucional, la que a su vez lo ha tomado de los Tribunales Internacionales, son necesarias para predicar un nexo causal entre el conflicto y los delitos, en este caso, de acceso carnal violento y tortura, ambos en persona protegida, de los que fue víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN y que le son imputados a los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA.

De otra parte, en cuanto hace a las condiciones de índole “material”, la primer circunstancia que concurre

para predicar su existencia es que la víctima era parte de la población civil, mientras que los procesados fueron señalados de ser integrantes de un grupo armado al margen de la ley.

Adicionalmente, es necesario recordar que como esta Sala ha señalado, con fundamento en la doctrina, en punto de las condiciones de índole material, a efectos de saber si se está ante un delito que atenta contra el derecho internacional humanitario, que

*...la sola constatación de que la conducta se produjo en el seno de un conflicto armado no es suficiente para calificar el delito como violatorio del derecho internacional humanitario, sino que probatoriamente tiene que acreditarse que la misma está vinculada con el conflicto, porque su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad de llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla...*⁵⁶

[Pero además que, como] Frente a la naturaleza del vínculo requerido, en la medida en que tal aspecto no es definido en el Estatuto de Roma, como tampoco en otra norma internacional aplicable, y menos en el Código Penal nacional, resulta pertinente acudir al concepto fijado en fallos de Tribunales Internacionales...[de manera que]

“Sobre esta cuestión la Sala de apelaciones del TPIY⁵⁷ y del TPIR⁵⁸ ha señalado que no es necesario que exista un

⁵⁶ “Cita de Héctor Olásolo Alonso en «Ensayos sobre la Corte Penal Internacional», antes referenciado. Pag. 541.”

⁵⁷ “Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.”

⁵⁸ “Tribunal Penal Internacional para Ruanda.”

*vínculo directo entre la conducta y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate. [Pues] Según la Sala de apelaciones basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado*⁵⁹.

*[Y] “Por su parte, la SCP⁶⁰ I de la CPI⁶¹, en su decisión sobre la confirmación en los cargos en el caso Lubanga, ha reafirmado la jurisprudencia de la Sala de apelaciones del TPIY y del TPIR en esta materia, al tiempo que ha subrayado que el conflicto armado, si bien no tiene por qué ser la causa última de la comisión de la conducta, debe como mínimo haber jugado un papel sustancial en la decisión del autor de realizarla, en la capacidad del autor de llevarla a cabo o en la manera en que la misma ha sido finalmente ejecutada...”*⁶² (CSJ AP, 31 Ago. 2011, Rad. 36125)

Entonces, visto el caso particular, se tiene que el hecho de que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA hicieran parte de un grupo al margen de la ley, fue determinante para que pudieran cometer los delitos de acceso carnal violento y tortura de la forma que lo hicieron, pues gracias al control que ejercían en la región en conflicto

⁵⁹ “Sentencia de apelación del TPIY en el caso Kunarac (párrafo 58) y sentencia de apelación en el caso Lubanga, párrafo 287. En el mismo sentido, vid., sentencia de apelación del TPIY en el caso Kunarac (párrafo 52) y sentencia de apelación en el caso Rutaganga (párrafos 570-572).”

⁶⁰ “Sala de Cuestiones Preliminares I.”

⁶¹ “Corte Penal Internacional.”

⁶² “Héctor Olásolo Alonso y Ana Isabel Pérez Cepeda, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2008.”

donde tuvieron lugar los hechos, lograron, no solo agotar por largo tiempo dichas conductas punibles, sino evitar que las autoridades pudieran conjurar la situación, pues, de una parte, consiguieron que los familiares de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN se mantuvieran al margen de lo sucedido, so pena de llevar la misma suerte que la madre y la hermana de la citada, pero además, que le perdieran el rastro, para lo cual incluso le cambiaron su identidad.

Por tanto, le asiste razón a la demandante al afirmar que el conflicto armado fue determinante en la decisión de los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA de cometer los delitos de acceso carnal violento y tortura, en tanto controlaban la región donde se desarrollaron los hechos, como también que no era posible concluir que la relación entre CÉSAR y JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN era consentida por ésta, por cuanto fue gracias a las permanentes amenazas de muerte dirigidas a ella y a su familia y los maltratos físicos a que fue sometida, que el primero, prevalido de su pertenencia al grupo armado ilegal, consiguió la sumisión de ella.

Igualmente, la recurrente acertó al afirmar que el conflicto armado fue determinante en la “*capacidad*”, “*decisión*” y “*forma*” de cometer los delitos, pues siempre medió la coacción a través de las armas por parte de los implicados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA,

coacción que se aseguró por pertenecer al grupo armado al margen de la ley que dominaba la región.

Ahora, si bien el Tribunal afirmó que no existía prueba del nexo causal entre los delitos de acceso carnal violento y tortura con el conflicto armado interno, ello obedeció a que dejó de lado, en relación con tales delitos, que los procesados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA integraban el grupo armado ilegal que ejercía control sobre el lugar donde ocurrieron los hechos, pero además, que gracias a esa circunstancia, consiguieron la impunidad temporal y que los familiares de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN no pudieran tener contacto con ella, ni ésta con aquellos, pues amenazados como estaban de hacerlo unos y otros, no les quedó alternativa distinta que resignarse por más de tres años a no hacer nada.

Es más, olvidó el Tribunal que la orden de dar muerte a la madre y a la hermana de JOHANA MILENA provino del grupo ilegal, de donde se sigue que sobraba entrar a confirmar si eran ciertas las amenazas, así como el control que en efecto ese tipo de grupo tenía en la Región del Catatumbo donde tuvieron ocurrencia los hechos objeto de juzgamiento, pues los antecedentes claramente evidenciaron que así era.

No se trató entonces de un simple interés personal de CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA en la

comisión de los delitos de acceso carnal violento y tortura como lo sostiene el Tribunal, pues de haber sido así, pronto la familia de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN hubiese acudido a las autoridades en busca de ayuda y lo propio hubiese adelantado la citada, pero ninguna de las dos cosas sucedió, pues el temor derivado del control que ejercía a través de las armas el grupo ilegal al que pertenecían los persuadió de hacerlo.

Así las cosas, es indudable que el Tribunal ignoró, como lo sostiene la demandante, que cuando un grupo armado ilegal ejerce control sobre una determinada zona, el mismo suele extenderse a la población civil y en concreto a las mujeres, conforme incluso lo han reconocido tribunales internacionales, según quedó consignado en precedencia, y que por tal motivo, como lo ha señalado la Corte Constitucional, aquellas se ven “*expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas dentro del conflicto armado... [como] el riesgo de violencia sexual... [y a] los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales*” (Auto 092 de 2008)

Por tal razón, los tribunales internacionales han construido presunciones acerca de la inexistencia del consentimiento de las mujeres frente a las relaciones que se tejen con los miembros de los grupos armados, al entender que su preeminencia fundada en la violencia que son

capaces de desplegar donde ejercen su dominio, destruye la posibilidad de que las mujeres actúen en plena libertad cuando son asediadas por aquellos.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, incluso el asunto es mucho más claro, pues la víctima no solo fue asediada por CÉSAR NIÑO BALAGUERA en compañía de CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, sino que la raptaron y luego se la llevaron para Venezuela aprovechando su pertenencia al grupo armado ilegal, y gracias a esa condición, luego atemorizaron a la familia de aquella para que desistiera de su rescate activando la acción de las autoridades.

En resumen, se evidencia que el *ad quem* desconoció la regla de la experiencia según la cual, en aquellas regiones donde los grupos armados al margen de la ley ejercen su control, lo extienden a la población civil y en particular a las mujeres, respecto de quienes deciden cuándo inician y terminan relaciones interpersonales con ellas.

Así mismo, se observa que *el ad quem*, a pesar de que en la sentencia impugnada, en particular al tratar lo relativo al delito de concierto para delinquir, admitió que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA integraban un grupo armado al margen de la ley que ejercía control en la zona donde ocurrieron los hechos, ignoró que prevalidos de esa condición cometieron los delitos de acceso carnal

violento y tortura, conforme se desprende del contenido de los testimonios de la víctima JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN, su padre JUAN NEPOMUCENO SANDOVAL OCHOA, su hernama ALIX y DINAEL LÁZARO PEREZ, pero además, que gracias a esa militancia, lograron temporalmente la impunidad.

Por tanto, los cargos uno y tres formulados por la apoderada de la parte civil, entendidos como uno solo en razón de que contienen el mismo alcance, prosperan.

Así las cosas, por sustracción de materia, sobra referirse a la alternativa señalada por el representante del Ministerio Público, relativa a que si no se encontraba que los delitos de tortura y acceso carnal violento tenían relación con el conflicto armado interno entonces debía condenarse a los procesados por las conductas punibles previstas en los artículos 178 y 205 del Código penal, respectivamente.

Ahora, en lo que sí le asiste la razón al Procurador Delegado ante esta Corporación, es al afirmar que el Tribunal se equivocó al ordenar la compulsión de copias para que se investigaran los delitos de tortura y acceso carnal violento con fundamento en la descripción consagrada en los artículos 178 y 205, en tanto ello conllevaría la afectación al principio de *non bis in idem*, por tanto,

atendiendo a la prosperidad de los cargos uno y tres formulados por la demandante, se modificará la sentencia para dejar sin efecto esa orden.

Segundo cargo:

Como la actora denuncia la violación directa de la ley sustancial y pide casar parcialmente la sentencia y, por ende, que se condene a CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por el delito de concierto para delinquir agravado en lugar de la modalidad simple, por cuanto aquella fue la imputación jurídica deducida en la resolución acusatoria frente a esa específica infracción, la cual encuentra soporte en la valoración que de las pruebas hizo el Tribunal, resulta necesario hacer algunas precisiones, con el fin de determinar si le asiste razón a la libelista.

En primer lugar, se ofrece oportuno traer a colación la imputación fáctica y jurídica que se consignó en la resolución acusatoria en relación con el atentado contra la seguridad pública en cuestión.

Al respecto se tiene que en la convocatoria a juicio se indicó:

La descripción del artículo 340 del C.P. se fundamenta, por supuesto, en la existencia de una organización conformada por varias personas así sea de carácter rudimentario, las cuales previamente han convenido o acordado cometer delitos. En este evento, los grupos armados denominados Autodefensas, que son indiscutiblemente un grupo armado al marge de la ley y por ende sus acciones o hechos que realicen, obedecen a un acuerdo alcanzado entre sus integrantes, reuniendo [por tanto] los requisitos establecidos por el legislador.

(...)

Las afirmaciones que hicieran ante esta Delegada los testigos que merecen plena credibilidad... dan fe de cómo cada uno de los sindicatos tenía una misión, un propósito y una serie de comportamientos de colaboración para lograr el objetivo.

Los testigos narran de manera clara, certera y sin dubitación, todo aquello que conocieron como resultado de la colaboración e identificación con el grupo ilegal de turno, en donde siempre tuvo como denominador común, generar conflicto para lograr sus objetivos ilícitos, entre otros el provecho del narcotráfico.

(...)

Podríamos afirmar que... se trata de una organización que reúne todos los requisitos para considerarla una sociedad criminal, se trata de una organización que posee una mínima estructura y control, en la que existe una distribución de trabajo que permite el desarrollo de actividades delictivas.

Pero además... es el señor DINAEL LÁZARO quien no solamente confirma la existencia del grupo delincuencia con fines de narcotráfico, quienes ejercían dominio y control en la zona, concretamente en Sardinata, y quienes tenían plena identidad con los jefes y/o comandantes de zona. (subrayas fuera de texto)

De lo anterior se desprende, frente a la descripción contenida en el artículo 340 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, en razón de la imputación jurídica deducida en la resolución acusatoria, que el delito de concierto para delinquir se atribuyó en la modalidad agravada, puntualmente porque se cometió con fines de “*tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*” y para “*financiar grupos armados al margen de la ley*” con aquel.

Precisado lo anterior, corresponde determinar la imputación fáctica y jurídica por la que fueron condenados CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA por el Tribunal en relación con el atentado contra la seguridad pública, pues cabe recordar que el juzgador de primer grado los absolvió frente a tal conducta punible.

En ese sentido, el Juez Colegiado, respecto de la imputación fáctica expresó:

[En relación con] el delito de concierto para delinquir... varios testigos arrimados a la instrucción penal pueden dar fe de cómo cada uno de los sindicatos tenía una misión, un propósito y una serie de comportamientos de colaboración para lograr el objetivo común que se predica del concierto criminal, que en el presente caso se relaciona con el paramilitarismo.

...*JOHANA MILENA SANDOVAL* es contundente al afirmar que *CÉSAR NIÑO BALAGUERA* estaba trabajando con los paramilitares, entonces conocidos como *Águilas Negras*...

Agrega además la declarante, que los procesados tenían una finca en la que sembraban y procesaban coca... asimismo declara que en varias oportunidades ella fue llevada en el carro en el que procesado transportaba la droga, hasta donde su hermano *CLODOMIRO* para descargarla, sitio en el que pudo percibir a varios jefes paramilitares...

Aduce que *CÉSAR NIÑO BALAGUERA* la llevaba a esas reuniones porque temía que ella fuera a contar algo, sin embargo ella se quedaba afuera escuchando todo lo que adentro hablaba, dando cuenta de la intención que tenían los procesados y los demás comandantes paramilitares, en montar un grupo insurgente de las mismas calidades y en adquirir armas para el propósito, situación que dice haberle corroborado el mismo procesado cuando la tenía secuestrada en Venezuela.

(...)

A su vez aparece *DINAEL LÁZARO* declarando que los hermanos NIÑO BALAGUERA tabajaban con los paramilitares en el negocio del estupefaciente, aduciendo que CÉSAR NIÑO BALAGUERA era quien les llevaba la droga... a Sardinata...

Dice puntualmente *ALIX SANDOVAL*, que CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA y CÉSAR NIÑO BALAGUERA pertenecieron a las AUC; ello por cuanto *CÉSAR* lo comentaba con orgullo... sobresaliendo además la declaración en audiencia pública de *CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA*, quien confirmó la ayuda que le prestaba a su hermano en las labores de procesamiento de la hoja de coca en la finca que ellos tenían, coligiendo así la relación que sostuvieron los encartados alrededor del grupo de autodefensas, específicamente en lo atinente al tráfico de estupefacientes, acciones que obedecen a un acuerdo alcanzado entre sus integrantes, reuniendo los requisitos

establecidos por el legislador en lo que al concierto para delinquir se refiere.

Esta forma de agrupación que evidentemente aparece ratificada por cada uno de los testimonios anteriormetne acotados... la forma en la que se negociaba la droga que se producía... la manera en como lo relata JOHANA MILENA SANDOVAL... [son] indicio grave de responsabilidad del que se infiere el efectivo proceder de los acusados en lo que respecta al concierto criminal con fines para cometer delitos de tráfico de estupefacientes....

Se sabe que esta modalidad de narcotráfico, además está dirigida a financiar y promover grupos al margen de la ley, los cuales se han concertado para la comisión de delitos indeterminados... Aquí la credibilidad que se le otorga a los testigos de cargo, parte... [de que] narran de manera concreta y detallada toda la génesis de la organización, estructura y hechos delictuales que CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA y CÉSAR NIÑO BALAGUERA venían ejecutando, de lo cual se puede inferir la existencia de una organización criminal y por consiguiente sus actividades delictivas. (subrayas fuera de texto)

Ahora, en lo que se refiere a la imputación jurídica, se observa que el Tribunal, una vez afirmó que con fundamento en lo manifestado por los testigos, se establecía “*que se trata de una organización que reúne todos los requisitos de una sociedad criminal, con una estructura mínima y un control sobre ella, en la que existió una distribución de trabajo que permitió el desarrollo de las actividades perpetradas por CÉSAR NIÑO BALAGUERA y Clodomiro Niño Balaguera*”, sostuvo que los condenaba “por

el delito de concierto para delinquir sin que concurra la circunstancia de agravación endilgada por la Fiscalía en su resolución de acusación”.

En esa medida, de entrada pareciera que la segunda instancia, a pesar de lo señalado en punto de la imputación fáctica, en donde de forma clara y reiterada sostuvo que el concierto para delinquir fue cometido por CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA con fines narcotráfico, pero además, para financiar grupos armados ilegales (inc. 2º del art. 340 del C.P.), a última hora y de manera contradictoria hubiese decidido imponerles condena por el delito en cita, pero en su modalidad simple (inc. 1º *ibídem*), sin embargo, ello en realidad no es así.

En efecto, salvo la afirmación insular atrás subrayada, el contenido restante de la sentencia —antes y después— apunta claramente a un concierto para delinquir agravado.

De ello da cuenta la referencia que atrás se hizo de la imputación fáctica, pero también —y quizá lo más importante—, que al momento de fijar la punibilidad del atentado contra la seguridad pública en cita, el Juez plural expresó:

...se observa que la conducta punible endilgada a CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, para el momento de los hechos, era sancionada con pena de prisión de seis (6) a doce (12) años —72 a 144 meses— y multa de dos mil (2.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concertarse con el fin de cometer delitos de tráfico de estupefacientes y financiar grupos armados al margen de la ley... (subraya fuera de texto)

Ahora, el ad quem, al entrar a determinar la pena en concreto para el delito de concierto para delinquir y dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 61 del Código Penal, expuso:

...en realidad la gravedad de la conducta punible es potencialmente destructora de los valores supremos que erigen la seguridad pública, desestabilizando el orden y control armónico y normal de la vida en sociedad, lo que conlleva a un gravísimo daño causado al bien jurídico tutelado, además teniendo en cuenta la intensidad del dolo, como quiera que los procesados se concertaron de manera voluntaria para reiterativamente ejecutar delitos con fines de narcotráfico y financiación de grupos al margen de la ley, bien conocidos como paramilitares, los que se han involucrado directamente con las mafias de la droga... [por tanto, la pena de prisión] se aumentará en 36 meses [y la multa en 2000 SMLMV] por el delito de concierto para delinquir... (subraya fuera de texto)

Como se puede observar, la afirmación consignada en la sentencia en donde se sostiene que se condenaría a los procesados por el delito de concierto para delinquir “sin que

concurra la circunstancia de agravación endilgada por la Fiscalía en su resolución de acusación”, se trató de un lapsus cálami, pues a lo largo del fallo se argumentó lo contrario, al punto que se precisaron las razones por las cuales se configura la agravación punitiva de que trata el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal (con fines de narcotráfico y para financiar grupos ilegales) y al fijar la sanción correspondiente, por igual se la tuvo en cuenta.

Así las cosas, es claro que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA fueron condenados por el Tribunal por el delito de concierto para delinquier agravado, imponiéndoseles la pena relativa a esa infracción.

Por tanto, como la demandante en el cargo bajo examen persigue que se condene a los procesados por la conducta que en efecto se les sentenció, de esto se sigue que no prospera.

No sobra agregar que si bien la demandante aduce supuestos de hecho adicionales para deducir la agravación del delito de concierto para delinquir, como quiera que no fueron atribuidos en la resolución acusatoria, no era posible que los alegara en sede de casación, pues con ello se desconoce el principio de congruencia.

Punibilidad:

En razón de la prosperidad de los cargos primero y tercero —que fueron analizados conjuntamente por cuanto tenían el mismo alcance—, cuya pretensión fue la condena por los delitos de tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida, se procede a establecer la pena que en definitiva deben cumplir CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA.

Para el efecto, es necesario recordar que los citados ya habían sido condenados en las instancias por los delitos de secuestro simple y concierto para delinquir agravado.

Igualmente, se ofrece oportuno evocar que CÉSAR NIÑO BALAGUERA y CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA fueron acusados por los delitos de concierto para delinquir agravado, secuestro simple, tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida. Al primero, como presunto coautor de todos ellos y, al segundo, en la misma calidad por los tres iniciales y cómplice del último.

Así mismo, es pertinente señalar que el delito más grave de los imputados es el de secuestro simple, por lo que

será el que sirva de base para realizar la respectiva dosificación punitiva.

Por igual, es necesario mencionar que en razón de la prosperidad de los cargos primero y tercero, lo que se impone es adicionar la pena por los delitos de tortura en persona protegida y acceso carnal en persona protegida, motivo por el cual, para la determinación de la pena que les corresponde, se conservará el criterio fijado por el juzgador de segunda instancia al dosificar la sanción para el delito de concierto para delinquir agravado, que concursó en las instancias con el de secuestro simple, que como se dijo, es el que prevé la pena más grave de todos los endilgados a los procesados.

Así mismo, no sobra expresar que se tendrá en cuenta la imputación jurídica deducida en la resolución acusatoria, con el fin de conservar el principio de congruencia.

Ahora, por igual cabe anotar que el Tribunal, al fijar la pena, mantuvo el criterio del juzgador *a quo* y, por tanto, para el delito de secuestro simple, impuso una sanción de 12 años de prisión y respecto del delito de concierto para delinquir agravado que concusaba en ese momento, tuvo en cuenta 3 años, lo que quiere decir que identificó la pena mínima que era posible imponer para este ilícito, esto es, 6 años y de ella tomó la mitad de tal extremo inferior,

mientras que frente a la pena de multa para tal infracción, acogió el mínimo señalado en la ley, es decir, 2000 SMLMV.

Siguiendo entonces ese criterio, se tiene que la pena mínima para el delito de tortura en persona protegida (art. 137 del C.P.) es de 10 años de prisión y 500 SMLMV de multa. Adicionalmente, se observa que esta infracción también tiene como pena principal la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, cuyo extremo inferior es de 10 años.

En esa medida, la pena por el delito de tortura en persona protegida se incrementará en 5 años de prisión, 500 SMLMV de multa y 5 años de inhabilitación.

De otra parte, como el delito de acceso carnal violento en persona protegida (art.138 del C.P.) tiene una pena mínima de 10 años de prisión y 500 SMLMV de multa, por tanto, la pena por dicho ilícito se aumenta en 5 años de prisión y 500 SMLMV de multa.

Hasta aquí se puede resumir que al delito base, que conforme lo determinó acertadamente el *a quo* y lo avaló el *ad quem*, es el de secuestro simple, que preve una pena de 12 años de prisión, se le aumentan 3 años por razón del concierto para delinquir, 5 años por la tortura en persona

protegida y 5 años más por el acceso carnal en persona protegida.

No obstante, como se observa que la pena base es de 12 años (delito de secuestro simple) y la suma de los incrementos calculados por los demás ilícitos (concierto para delinquir, tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida), supera el doble, en concreto en un año (3 años, más 5 años, más otros 5 años, respectivamente), entonces la pena de prisión se ajusta a lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal conforme al cual, la pena solo puede ser “*aumentada hasta en otro tanto*”, de manera que la privación de la libertad en definitiva será de 24 años.

En relación con la pena de multa, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 39 de la Ley 599 de 2000, se sumará cada una, de tal manera que se fija en 3.600 SMLMV (600 por el secuestro simple, 2000 por el concierto para delinquir agravado, 500 por la tortura en persona protegida y 500 por el acceso carnal violento en persona protegida).

En cuanto hace relación a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siguiendo el criterio señalado en CSJ SP, 29 Mar. 2014, Rad. 38793, el cual fue reiterado en CSJ SP, 4 Jun. 2014, Rad. 42737, relativo a que si tal pena concurre tanto en la modalidad principal y accesoria se siguen las reglas del

concurso, entonces se tiene que corresponden 12 años por el delito de secuestro simple, 3 años por el de concierto para delinquir agravado, 5 años por el de tortura en persona protegida⁶³ y 5 años por el de acceso carnal violento en persona protegida, para un total de 25 años, sin embargo, se fija definitivamente en 20 años en razón de la limitación temporal prevista en el inciso 1º del artículo 51 del Código Penal.

Ahora bien, puntualmente se tiene que en cuanto hace relación a CÉSAR NIÑO BALAGUERA, como es coautor responsable de los delitos de secuestro simple, concierto para delinquir agravado, tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida, se le imponen las penas de 24 años de prisión, multa de 3.600 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

De otra parte, como CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA, autor responsable de los delitos de secuestro simple, concierto para delinquir agravado, tortura en persona protegida y cómplice de acceso carnal violento en persona protegida, se le imponen las penas de 22 años y 6 meses años de prisión

⁶³ Se recuerda que este ilícito tiene la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como principal, cuyo mínimo previsto en la ley, conforme atrás se dejó expuesto, es de 10 años, así que siguiendo el criterio del Tribunal en punto de la fijación de la pena para los delitos que concursan con el más grave (que es el secuestro simple), se toma la mitad de esa cifra, es decir, 5 años.

⁶⁴, multa de 3.350 SMLMV⁶⁵ e inbaibilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia del 8 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta con fundamento en el segundo cargo formulado en la demanda presentada por la apoderada de la parte civil promovida a nombre de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia del 8 de noviembre de 2011 dictada por el Tribunal Superior de Cúcuta con base en los cargos primero y tercero formulados en la demanda allegada por la abogada de la parte civil promovida a nombre de JOHANA MILENA SANDOVAL RINCÓN.

⁶⁴ Pena que resulta de tener en cuenta 12 años por el delito de secuestro simple, 3 años por el de concierto para delinquir, 5 años por el de tortura en persona protegida y 2 años y 6 meses por el de acceso carnal violento, esto último, en razón de que es cómplice de esta infracción y siguiendo el criterio fijado por los juzgadores de instancia, que partieron de la pena mínima, ha de entenderse que se debe aplicar la máxima rebaja, que en el caso de la complicidad es de la mitad, según lo prevé el inciso 2º del artículo 30 del Código Penal.

⁶⁵ Pena que resulta de tener en cuenta 600 SMLMV por el delito de secuestro simple, 2000 SMLMV por el de concierto para delinquir, 500 SMLMV por el de tortura en persona protegida y 250 SMLMV por el de acceso carnal violento, esto último, en razón de que es cómplice de esta infracción y siguiendo el criterio fijado por los juzgadores de instancia, que partieron de la pena mínima, ha de entenderse que se debe aplicar la máxima rebaja, que en el caso de la complicidad es de la mitad, según lo prevé el inciso 2º del artículo 30 del Código Penal.

3. En consecuencia, condenar a CÉSAR NIÑO BALAGUERA como coautor de los delitos de tortura en persona protegida y acceso carnal violento en persona protegida y a CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA en calidad de coautor del primero de dicho ilícitos y como cómplice del último.

4. Fijar la pena a CÉSAR NIÑO BALAGUERA en 24 años de prisión y multa de 3.600 SMLMV y a CLODOMIRO NIÑO BALAGUERA en 22 años y 6 meses de prisión y multa de 3.350 SMLMV. Así mismo, imponer a ambos la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

5. DEJAR SIN EFECTO el numeral tercero de la sentencia del Tribunal de Cúcuta del 8 de noviembre de 2011, donde se ordenó compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de investigar los delitos de tortura y acceso carnal violento.

6. DENSE los avisos de ley por intermedio del juzgado de primera instancia.

7. DECLARAR que las restantes decisiones adoptadas en el fallo confutado se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria