

**Prisión Domiciliaria en Colombia para Militares Sindicados y Condenados por Delitos
contra Personas y Bienes Protegidos por el DIH**

Miller Damian Forero Cruz

Juan Carlos Ostos Cepeda

Jaime Hernan Ruiz Salguero

Trabajo presentado optar al título de Abogado

Dr. Daniel Alfonso Barragán Ronderos

Abogado



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C, 2016

**Prisión Domiciliaria en Colombia para Militares Sindicados y Condenados por Delitos
contra Personas y Bienes Protegidos por el DIH**

Resumen

La presente investigación tiene por objeto objetivo, el señalar si es viable aplicar la prisión domiciliaria en Colombia para personal militar sindicado o condenado por delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, para ello, se desglosa, en un primer momento donde se describe los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, de los que habla el título segundo de la ley 599 del año 2000, para que a cuenta seguida, se detalle las funciones de la pena, así como la de la figura de prisión domiciliaria en la legislación colombiana, para que finalmente, se revise si es viable aplicar la figura de la prisión domiciliaria para el personal militar sindicado o condenado por delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Para lograr lo planteado, la investigación utiliza un enfoque cualitativo, y cuenta con un alcance exploratorio y deductivo. De manera que se evidencia, como la figura de la prisión domiciliaria para agentes del Estado que han cometido alguno de los delitos de los que habla el título segundo del código penal, ley 599 del año 2000, es viable, y que otra negativa de aplicar tal subrogado penal, resulta inconstitucional e inconvencional.

Palabras claves

Prisión domiciliaria, delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, fin de la pena, agentes del Estado, igualdad, conflicto armado.

Abstract

The objective of the present investigation is to indicate whether it is feasible to apply the domestic prison in Colombia for military personnel who are accused of or convicted of crimes against persons and goods protected by IHL, for this purpose, it is broken down, at a first moment where the Crimes against persons and property protected by International Humanitarian Law, of which the second title of Law 599 of the year 2000 speaks, so that at a later date the functions of the punishment, as well as that of the house arrest In Colombian law, so that it is finally possible to review whether it is feasible to apply the figure of house arrest for military personnel syndicated or convicted of crimes against persons and property protected by international humanitarian law. To achieve this, the research uses a qualitative approach, and has an exploratory and deductive scope. So it is evident, as the figure of the domestic prison for State agents who have committed any of the crimes of which the second title of the penal code speaks, law 599 of the year 2000, is viable, and that another refusal to apply Such criminal subrogation, is unconstitutional and unconventional.

Key words

Household detention, crimes against persons and property protected by IHL, end of sentence, State agents, equality, armed conflict.

Tabla de Contenido

Introducción	5
Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.....	35
Conflicto Armado	35
Conflicto armado de tipo no internacional (CANI).	37
Derecho penal y DIH.	39
Las Funciones de la Pena.....	50
La Función Preventiva de la Pena.....	55
La Función Restaurativa de la Pena.....	56
La Resocialización, Rehabilitación, Reinserción Social y la Pena	58
La Prisión Domiciliaria en Colombia	59
Formulación de la Prisión Domiciliaria para los Militares que han cometido Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el DIH, Teniendo en Cuenta su Perfil	67
Conclusiones	80
Referencias.....	85

Introducción

Esta investigación indaga acerca de la viabilidad de la modificación de los requisitos para obtener la prisión domiciliaria y vigilancia electrónica a los militares sindicados y condenados por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y conexos en los CMP (centros militares penitenciarios) de las Fuerzas Militares.

Así las cosas, la posibilidad de obtener la prisión domiciliaria es una opción para el cumplimiento de las penas impuestas a personal civil condenado o sindicado, en los casos en los que la justicia y la legislación colombiana observan como injusto o extralimitado la permanencia de estos en centros penitenciarios y carcelarios. Ese beneficio es otorgado teniendo en cuenta los criterios de tiempo de la condena, tipo de delito, buen comportamiento, costos de los dispositivos y fianza o pago de una multa, que en todo caso se restringen a algunos delitos.

Así que, cuando se cambia de la situación de procesado a la de condenado, se produce también una variación en la naturaleza y finalidades de la privación de la libertad, que otorga una medida preventiva, para asegurar el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, se torna en pena cuya efectiva ejecución se condiciona al cumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 4° del Código Penal.

Así que durante la fase de investigación y hasta antes de dictarse sentencia, el mecanismo de detención impuesto por el juez de garantías y el fiscal de conocimiento, busca la protección a las víctimas, la protección de la comunidad, la comparecencia del imputado al proceso, y la preservación de las pruebas; en cambio, para la prisión domiciliaria de personas condenadas, se requiere que se cumpla con los fines de la pena previstos en el artículo 4º del Código Penal (Ley 599 del año 2000), dado que no se debe evadir el cumplimiento de la pena y se debe observar la concurrencia de los factores objetivos y subjetivos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 38 de dicho Código, y la ley 750 de 2002. (Congreso de Colombia, 2002).

Así mismo, esta investigación indaga acerca de la viabilidad de obtener la prisión domiciliaria y vigilancia electrónica por parte de los militares privados de la libertad, sindicados o condenados por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y conexos, en los CMP (centros militares penitenciarios) de las Fuerzas Militares.

Dado lo anterior, un trabajo de tipo investigativo se justifica así mismo cuando ofrece “algo novedoso” (Hernández Sampieri, Metodología de la Investigación, 2014, pág. 26), lo que dado el objeto de estudio del presente escrito, se ajusta en razón a que la población de enfoque: los militares que han cometido delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Además, como corolario de lo anterior, se agrega el elemento de las penas sustitutivas de la pena privativa de la libertad en centro intramural, como la prisión domiciliaria.

Igualmente, la investigación pretende señalar una viabilidad de aplicación de un subrogado penal para una población, que hasta el momento, no goza de tales beneficios. De señalarse la admisibilidad de tal empresa, se generarán beneficios que no sólo repercuten en los derechos humanos del militar privado de la libertad, y de sus familias, sino que alivia las cargas económicas del Estado, en cuanto a los enormes gastos que implica subvencionar aquellos mínimos vitales de la persona que se encuentra bajo su responsabilidad. Además, de otros beneficios, como: menor responsabilidad derivada de la función de proteger la vida e integridad de los privados de la libertad. Sin contar con la resolución del hacinamiento carcelario que hoy por hoy, se posiciona como un elemento principal de las agendas políticas de los gobiernos.

Así las cosas, este proyecto pretende demostrar que si existe la viabilidad de otorgar el beneficio jurídico de la prisión domiciliaria, a quien han recibido condenas o está siendo procesados por la justicia, por la presunta comisión de delitos propios de operaciones de orden público y conexos, específicamente delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

Por último, se debe señalar que la investigación es viable, en un primer sentido, en razón a que el presupuesto se ajusta a los recursos económicos de los autores; y por otra parte, porque existe suficiente información e investigaciones que se han preocupado por revisar las situaciones de las cárceles en Colombia, y la protección de los derechos humanos en aquellos.

Se debe tener en cuenta, que como antecedentes de la investigación, la prisión domiciliaria como figura alternativa, más acercada a la protección de los derechos humanos de quien se ha desviado de un código normativo establecido por quien detenta el poder, ha sido establecida por la legislación colombiana en sus códigos de procedimiento penal: ley 600 del año 2000 y ley 906 del año 2004.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que tal sub-rogado penal sólo es posible bajo unas circunstancias especiales previstas en la norma, que bajo la ponderación del juez, puede o no, otorgar tal beneficio. Para los efectos, se tiene que la norma es cambiante, así la prisión domiciliaria ni siquiera se contempló como una opción, sino hasta el siglo XIX. (Olmo, 2000).

Para abordar la presente investigación, se acude al texto elaborado por la Dra. Cecilia Bertora, el Lic. Maximiliano Bruera y el Dr. Juan Ignacio Lazzaneo, titulado: “Prisión domiciliaria, su función como pena alternativa y la implicancia del Interés Superior del Niño en ella” el cuál aborda la prisión domiciliaria como una manifestación cierta del Estado social de derecho, donde el principio pro homine es el criterio y punto de partida de aplicación de la pena. Los autores sobre el referente señalan:

La reforma implementada por Ley N° 26.472 y la reciente incorporación del texto traído por la Ley N° 26.813 del año 2013, continúan insertando imperativos normativos a nuestro orden jurídico en función del principio internacional pro homine, llevando a

una nueva dimensión a las disposiciones contenidas en la Ley de Ejecución de Penas - N° 24.660-. De este modo, de sus preceptos pueden desprenderse diversas alternativas a la ejecución de la pena, extendiéndose hacia la total integración de los derechos inherentes a todo ser humano y particularmente a las mujeres privadas de libertad junto a sus niños, objeto del presente trabajo. (Bertora, Bruera, & Lazaneo, 2014).

Por su parte, si se revisa la historia de la pena, se evidencia fácilmente el progreso de ésta, en pro de salvaguardar los derechos de quien ha infringido un código punitivo. Es claro el avance de la pena en tratándose de la protección de la dignidad del ser humano, lo que genera nuevas perspectivas de aplicación de la pena, es decir, aún está por descubrirse nuevos métodos que permitan asegurar el cumplimiento de la obligación penal, y que a la par, coadyuve en la solución de otros problemas evidentes de los centros de reclusión, como: el hacinamiento y los problemas derivados de éste.

Así las cosas, es necesario revisar como antecedente de esta investigación, algunos acercamientos investigativos dados por algunos autores que pese a no adentrarse de manera específica en el tema acá propuesto, si se aventurar en la revisión de las nuevas perspectivas en el derecho penitenciario, en la aplicación de los sub-rogados penales, y la prisión domiciliaria. Por tal, se utiliza lo dispuesto por los autores: José L. De La Cuesta Arizmendi (1983), Luis Gonzáles (2000), y Fabio de Jesús Angulo (2012), además del texto: Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y Realidad, de autor y fecha de publicación desconocidas.

Los anteriores, no constituyen en ningún momento toda la bibliografía que se agota en el presente escrito, pero si apuntan a la consolidación de unos antecedentes cercanos que le permiten un punto de partida a los autores, y que le otorgan mayor rigidez y fortaleza a la investigación acá planteada.

En otro orden de cosas, se tienen como antecedentes de los autores, que éstos son egresados no graduados del pregrado de Derecho, donde sus intereses han estado volcados específicamente en el estudio de los derechos humanos, sin producciones reconocidas en la actualidad, aunque no por ello signifique que no lo serán. Así mismo, la situación particular de los autores les permite conocer de primera mano el derecho punitivo colombiano, ya que son o fueron parte en un proceso penal. Se trata pues de militares que cumplen o están a la espera de una pena, por la comisión o presunta comisión de un delito de los que habla el título segundo de la ley 599 del 2000.

Se debe tener en cuenta que los miembros de la Fuerza Pública de Colombia, han mantenido erguida la institucionalidad y la democracia en una lucha heroica de décadas, contra diversas y poderosas formas del crimen que incluyen narcoterroristas, paramilitares, narcotraficantes, entre otros. En el transcurso de esa lucha, muchos han ofrendado sus vidas, otros tantos han caído heridos, y muchos más se han visto inmersos en problemas jurídicos de tipo penal. Sus familias, también han sido víctimas de la violencia que existe en Colombia por

cuenta de dichos grupos criminales, pues son ellas quienes han soportado el embate inmisericorde del conflicto de una forma indirecta.

Tan solo en el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2012 y el 12 de agosto de 2015, han sido asesinados por las FARC más de 741 militares y más de 1759 han sido heridos (Vega, 2015), otros tantos han muerto y han sido heridos por acciones del ELN, las BACRIM y otros grupos al margen de la ley. Esto es una muestra del sacrificio, que con honor y amor a la patria y a su bandera, han hecho los hombres y mujeres uniformados en aras de defender los derechos y libertades propios de nuestro Estado Social de Derecho.

Es innegable que la guerra es un escenario excepcional, y es ante todo, un acto social aprendido de distintas generaciones de todas partes del mundo, generaciones que han conocido de cerca sus alcances y por su causa han experimentado la dureza de la naturaleza humana y de la sociedad que la construye. Dada su importancia, diversas disciplinas, especialmente la Sociología, las Ciencias Políticas y más recientemente, las Relaciones Internacionales, que han dedicado gran parte de sus esfuerzos teóricos en dilucidar sus orígenes, conocer su naturaleza, la conducta, los propósitos, así como buscar los caminos para conducirla, limitarla, evitarla y administrar sus efectos.

Dentro de estos contextos, la posibilidad de trasgredir una disposición normativa se ve potencializada, lo que lleva al infractor a verse sometida a un proceso punitivo en el que puede

ver comprometida su libertad. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, se dan por la errónea ponderación de los principios del derecho de la guerra: limitación, necesidad militar y proporcionalidad, sea en desarrollo de una orden, por falta de preparación, o como desarrollo mismo de una conducta dolosa. (Velandia Sánchez, 2012).

La posibilidad de obtener la prisión domiciliaria es una opción para el cumplimiento de las penas impuestas a personal civil condenado o sindicado, como atenuante de la misma o como una modalidad, en los casos en los que la justicia y la legislación colombiana observan como injusto o extralimitado la permanencia de estos en centros penitenciarios y carcelarios. Ese beneficio es otorgado teniendo en cuenta los criterios de: tiempo de la condena; tipo de delito; buen comportamiento; costos de los dispositivos y fianza o pago de una multa. (Los dos últimos pueden ser estudiados por el juez).

Por su parte, desde el Código Penitenciario (ley 65, Artículo 9, 1993) se indica que la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. La medida de seguridad persigue fines de curación, tutela y rehabilitación. Y desde el Código Penal (ley 599/00) se indica que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La conducta de una persona que es sometida a grandes presiones sociales, políticas, económicas y familiares, indubitablemente se ve afectada, y en ocasiones estas personas guiadas por diferentes factores infringen la ley penal; si esto sucede con personas que eventualmente son sometidas a este tipo de cargas fisiológicas y psíquicas, es evidente que sucede con más frecuencia en personas que como los militares son sometidos constantemente a situaciones extremas, generando un tipo de divergencia (Fontalvo, 2014) social.

Dadas las condiciones actuales de las políticas de reconciliación del Estado, la prisión domiciliaria es una opción que permite al país, no sólo una reducción del gasto público, sino también la descongestión del sistema penitenciario y carcelario de las FF.MM y un trato justo, igualitario al personal militar recluido respecto de este beneficio con el personal civil.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que la prisión domiciliaria es un tipo de limitación a la libertad, y el procesado a quien se le sustituye está detenido, sólo que se reduce a la órbita de su domicilio, y en atención a estos argumentos se desprende la pregunta problema de este trabajo de investigación: ¿Es viable aplicar la prisión domiciliaria en Colombia para personal militar sindicado o condenado por delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH?

Así las cosas, y con base en la pregunta planteada, se tiene a manera de hipótesis, que es viable aplicar la figura de prisión domiciliaria, para personal militar sindicado o condenado por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y conexos en Colombia, teniendo en cuenta

el perfil del militar privado de la libertad; como primera medida se hace necesario tener en cuenta elementos formadores de la personalidad de cada uno de los militares que en la actualidad se encuentran privados de la libertad, toda vez que las escuelas de formación exigen superar un filtro de selección de aspirante e inculcar en cada uno de sus alumnos, bases suficientes y necesarias para enmarcar sus actuaciones dentro de una órbita de ética, moralidad y legalidad. Es por ello, que la política penitenciaria, en lo concerniente a la definición de perfiles y perfilación como consecuencia del respectivo tratamiento penitenciario, es totalmente obsoleta a las necesidades subjetivas de la población carcelaria.

Bajo este panorama, es viable en atención a criterios subjetivos que los militares privados de la libertad sean beneficiarios de la prisión domiciliaria, ya que por solo citar un ejemplo de uno de esos criterios, un militar desde su formación siempre ha estado en un ambiente controlado y bajo el rigor inflexible de la disciplina militar, la ley, y la jerarquía propia de la vida castrense. El comportamiento de un militar se guía por principios como sacrificio, deber, lealtad, patriotismo, obediencia debida, altruismo, desprendimiento, entre otros, y es injusto que después de este sacrificio y entrega desinteresada a la nación, el Estado a través del legislador dé un tratamiento simétrico al de un delincuente de carrera u ocasional, sin tener en cuenta que el militar privado de la libertad sindicado o condenado ha servido desinteresadamente a sus conciudadanos y al Estado.

Para ello, el definir qué clase de tratamiento penitenciario requiere los militares privados de la libertad y además, establecer su perfilación en todo sus conceptos, es imperativo,

pues el Estado está en mora de generar un alivio de las condiciones penitenciarias de los miembros de la Fuerza Pública sindicados o condenados por delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, toda vez que no se pueden categorizar ni clasificar de igual manera, a un criminal de carrera, con una persona cuya conducta penal responde a actos propios de su servicio.

Generar este cambio y facilitar el acceso a los miembros de la Fuerza Pública condenados o sindicados por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y conexos, generaría un alivio para estos, un impacto favorable al erario público, una oportunidad para que a través de las herramientas tecnológicas actuales los miembros de la Fuerza Pública accedan a oportunidades educativas y laborales, como por ejemplo el teletrabajo.

Para lograr lo anterior, se plantea como objetivo general de la investigación, el señalar si es viable aplicar la prisión domiciliaria en Colombia para personal militar sindicado o condenado por delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Delimitando de manera específica centro de sus objetivos, primeramente, el describir los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, de los que habla el título segundo de la ley 599 del año 2000, para que a cuenta seguida, poder detallar las funciones de la pena, así como analizar la figura de prisión domiciliaria en la legislación colombiana, para que finalmente, poder revisar si es viable aplicar la figura de la prisión domiciliaria para el personal militar sindicado o condenado por delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

Ahora bien, para que el lector pueda comprender de una manera más asertiva el contenido de la presente investigación, en cuanto a los conceptos en ella planteada, se desarrollan en el presente apartado las nociones más importantes. Planteamientos que coadyuvan a defender la tesis propuesta.

En primer lugar, en tratándose de la pena, se tiene que esta como función preventiva, existe para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones. Este planteamiento de tipo penal no debe ser aplicado a los militares, que en principio se incorporaron a las fuerzas militares para defender ideales como la democracia, la libertad, la constitución entre otros, partiendo de una formación basada en valores y principios que se afianzan durante su etapa de instrucción.

Así mismo, existe otro concepto que es inherente al comportamiento humano, que es, la desviación, que hace referencia a una especie de la divergencia, consistente en el conjunto de conductas desviadas que acaecen en una sociedad. Conductas desviadas es toda a aquella que se aparta de las normas o patrones de comportamiento coercitivamente impuestas por un grupo y mediante la amenaza de una forma de reacción social institucional (castigo) enderezada a procurar controles sobre tal conducta.

Por otra parte la criminalidad es una especie de fenómeno social de la desviación (esto es, una sub especie de la divergencia), consiste en la totalidad de los delitos (lato sensu, en cuanto el término se hace equivalente a lo que, en nuestra legislación penal se denomina conducta punible) que ocurre en una sociedad y en un tiempo determinado. Afirmar que es un fenómeno social equivale a decir como lo hace Jose María Rico Cueto, que la criminalidad, al igual que la divergencia y la desviación, es un “fenómeno de masas” (Rico).

De igual manera, el delito, en sentido lato (equivalente a lo que nuestra ley penal designa como conducta punible), es una especie de conducta desviada, definida como tal por las leyes penales, a la cual estas le asignan una sanción penal (pena o medida de seguridad), como reacción social institucional.

Estos conceptos conductuales a los que se hace referencia, son los conceptos que inducen la comisión del delito, pero que en todo caso no son similares ni simétricos en su génesis en los casos del personal civil y en los casos de los militares que viven dentro de un conflicto armado, y cuya misión principal es defender los intereses sociales.

La reacción social a la conducta divergente y desviada de los militares que han servido a la institucionalidad, y que han desarrollado estas conductas en el marco de un conflicto debe ser distinta, no en su juzgamiento porque se estaría frente a una petición de impunidad, sino en la aplicación de la reacción social (castigo).

En 2011 se presenta un cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Penal, en el sentido de que la concesión del beneficio de prisión domiciliaria ya no estará basada en un factor objetivo sino que deben tener en cuenta factores subjetivos, entre los que se encuentra la gravedad del delito, así como los antecedentes penales y personales del condenado. (sentencia 35943, 2011)

Así mismo, la Ley 1453 del 2011 en su artículo 38, establece que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC suministra la información de las personas cobijadas con la medida de la prisión domiciliaria, mediante un sistema único de información de conformidad a los parámetros que establezca el Ministerio de Justicia. (reforma del código penal , procedimental penal, código de infancia y adolescencia y las reglas de Extinción de Dominio, 2011).

Por tal, el tratamiento penitenciario de los militares condenados y sindicados, se puede efectuar con el beneficio de prisión domiciliaria, ya que una gran parte de los militares privados de la libertad actualmente en los centros penitenciarios militares y civiles, redimen pena adelantando estudios de pregrado, posgrado, tecnológicos y complementarios a distancia, lo cual es permitido por la ley 1709 del 2014.

La pena, cuando no es extintiva, consiste en la limitación de los derechos personales de un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por la rama jurisdiccional, cuando éste es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. (Echandia, 1996). Igualmente en el Gran Diccionario Enciclopédico Universal la pena está definida de la siguiente manera: “la pena es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”.

No menos importante resulta el concepto que trae el Diccionario de la Real Academia Española define la pena así: “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”. Finalmente el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define la pena como: “sanción, previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados”, estos conceptos son solo para tener una idea clara y modesta del significado de “pena”.

Luego, se decanta un concepto que se usa dentro del derecho penal: la libertad; para el presente trabajo se toma el concepto de libertad física dentro de la legislación. Al respecto la libertad física está garantizada en la Carta Política colombiana de 1991, en el artículo 24, concibiéndola como el derecho que tienen las personas para autónomamente circular por el territorio nacional, ingresar y salir del país, permanecer y residenciarse en él, sólo con las limitaciones legales.

Una de las preocupaciones que surge en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue la de definir la libertad, y por ello se dijo en su artículo 4º que ella “consiste en poder hacer lo que no daña a otro”; y, a partir de allí, se establecieron luego garantías para resguardarla. Lo mismo ocurrió en las Constituciones expedidas durante el siglo XIX tanto en Europa como en América y, por ello, en todas nuestras Constituciones se consagró expresamente el derecho a la libertad personal en su parte dogmática. Concepto similar que señala Vladimiro Naranjo Mesa, quien estableció que:

La libertad de circulación comprende, pues, la de desplazarse de un lugar a otro dentro y fuera del propio país, la de viajar utilizando los diferentes medios de transporte, la de establecer residencia o domicilio donde a bien se tenga. Pero esta libertad está sujeta a varias limitaciones como son, por ejemplo, la de respetar las normas legales sobre circulación y tránsito, la de obedecer a la autoridad de tránsito, la de obtener previo permiso para visitar un país extranjero cuando este requisito esté vigente, la de acatar todas las regulaciones atinentes a la navegación aérea, marítima o fluvial, la de no obstruir las vías públicas ni hacer mal uso de ellas, la de no traspasar o invadir propiedad privada o dependencias públicas fuera de servicio, y en general todas aquellas establecidas por la ley o los tratados internacionales (1990, pág. 130).

Concepto similar establecido en las sentencias C-301 de 1993, C-634 de 2000 y C-774 de 2001, en la que la Corte Constitucional afirmó que la libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende “la posibilidad y el ejercicio positivo de

todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente” (Párrafo 3).

De manera que la prisión es la modalidad de pena que se aplica a los infractores de la ley penal y conlleva una pena de privación de libertad. Jurídicamente, la prisión difiere de la detención en que la primera funciona para las personas condenadas, y la segunda es la medida de restricción de los procesos para las personas sindicadas. (www. inpec. gov.co, 2016)

Por lo tanto, la privación de libertad tiene un concepto complejo que se deviene en dos partes, la primera de ellas es la definición de privación y la segunda la definición de libertad, esta última ya abordada anteriormente; por lo que en este acápite se tratará el concepto de “privación”.

En el diccionario de la Real Academia Española está definido el concepto de “privación” como “la acción de despojar, impedir o privar”, y deviene del latín *privatio-onis* que en sí mismo significa privación. Luego se puede deducir que la privación de la libertad es una pena que despoja a una persona de la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones que no están expresamente prohibidas por la Constitución y la ley, o que tengan

implícita una consecuencia que afecte derechos a la misma persona por la misma acción o acciones.

Son penas principales en Colombia la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. (ley 65, art 35, 1993). La prisión domiciliaria es una pena sustitutiva de la pena de prisión de acuerdo al contenido del artículo 36 del Código Penal Colombiano (ley 599, 2000), y dentro de una de las recientes modificaciones al Código Penitenciario y Carcelario en Colombia que es la Ley 1709 de 2014 (ley 1709), establece en su artículo 38 que consiste en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. Y más adelante en el párrafo del mismo artículo, abre esta posibilidad a las personas procesadas (sindicadas) al erigir que “La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.”

Es claro que una pena debe ser entonces vigilada y controlada por las autoridades competentes y designadas para tal fin, razón por la que el artículo 38D de la Ley 1709 de 2014 esgrime como se debe ejecutar la medida de prisión domiciliaria. Reza la citada norma que “La ejecución de esta medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos en que este pertenezca al grupo familiar de la víctima. El juez podrá ordenar, si así lo considera necesario, que la prisión

domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica. El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica.” (ley 1709 art 38D, 2014)

Por su parte el Sistema de Vigilancia Electrónica fue introducido a la legislación interna por la Ley 1142 de 2007 como mecanismo de control, acompañamiento, vigilancia y ejecución de la medida de aseguramiento y de la prisión domiciliaria (ley 1422, 2007) así como un mecanismo independiente de sustitución de la pena privativa de la libertad.

Sin embargo, a partir de la reforma del Código Penitenciario, este mecanismo para el seguimiento del cumplimiento de la prisión domiciliaria cuando la guardia no sea suficiente para garantizar el desarrollo de la misma, permite la participación de la Policía Nacional y dependerá de la capacidad operativa y logística de las unidades que presten el apoyo al INPEC

Ahora bien es momento de adentrarse en lo concerniente al ámbito militar dentro del conflicto armado, por lo que se hace necesario nuevamente conceptualizar algunos términos para tener una mayor claridad dentro del desarrollo del presente trabajo. Militar es un término con origen en el vocablo latino *militāris* que hace referencia a lo perteneciente o relativo a la milicia o a la guerra. El concepto, por lo tanto, se utiliza por contraposición a civil. La noción está vinculada a los miembros e instituciones que forman parte de las fuerzas armadas. Los

militares tienen la función de defender la soberanía de un país y su integridad territorial, por eso están subordinados a la Constitución Nacional, las leyes y decretos que para ellos rigen. (Sanchez).

Concatenadamente un soldado es la persona que presta servicio en la milicia; más especialmente, el militar carente de toda graduación. Por antonomasia, el escalón inicial e inferior en la jerarquía del Ejército de Tierra; equiparado así al simple marinero en la Armada. (colombia, s.f.)

La Constitución Política de Colombia le da un rango constitucional a la Fuerza Pública, y establece que están conformadas por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (constitucion politica de colombia, art 217, 1991). Así mismo dispone que las Fueras Armadas están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (constitucion politica de colombia, art 217, 1991) y le asigna la misión primordial de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (ididem)

Estas Fuerzas Armadas han participado activamente dentro del conflicto armado no internacional con las guerrillas marxistas leninistas del ELN, las FARC-EP, los grupos paramilitares, las bandas criminales y agentes generadores de violencia, que durante años han luchado en contra del Estado Colombiano y sus instituciones.

Ahora bien, es importante traer a colación el significado de conflicto armado no internacional, para lo cual es necesario examinar dos fuentes jurídicas importantes para determinar lo que es un CANI (Conflicto Armado no Internacional) según el DIH (Derecho Internacional Humanitario): a) el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; y b) el artículo 1 del Protocolo adicional II:

Por su parte, el artículo 3 común se aplica a un "conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes". Puede ser un conflicto armado en que participen uno o más grupos armados no gubernamentales. Según la situación, puede haber hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales o entre esos grupos únicamente. Dado que los cuatro Convenios de Ginebra han sido ratificados universalmente, el requisito de que el conflicto armado ocurra "en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes" ha perdido su importancia en la práctica. De hecho, cualquier conflicto armado entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados o entre estos grupos sólo puede tener lugar en el territorio de una de las Partes en el Convenio.

Para hacer una distinción entre un conflicto armado en el sentido del artículo 3 común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento. Por lo general, se ha aceptado que el umbral más bajo que figura en el artículo 1.2 del Protocolo II, que excluye los disturbios y las tensiones interiores de la definición de CANI, también se aplica

al artículo 3 común. Al respecto, se utilizan generalmente dos criterios (THE PROSECUTOR, 1997).

a) Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía (análisis detallado de los criterios , 2005).

b) Por otra, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados "partes en el conflicto", en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares. (V.D Schindler, 1979).

Ahora bien, en cuanto al CANI, se debe señalar que este se ve regulado de forma específica en el Protocolo adicional II. Este instrumento se aplica a los conflictos armados "que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo" (convención de ginebra).

Esta definición es más restringida que la noción de CANI según el artículo 3 común en dos aspectos. Por una parte, introduce la exigencia de control territorial, disponiendo que las partes no gubernamentales deben ejercer un control territorial "que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo". Por otra, el Protocolo adicional II se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Contrariamente al artículo 3 común, el Protocolo no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales.

En este contexto, hay que recordar que el Protocolo adicional II "desarrolla y completa" el artículo 3 común "sin modificar sus actuales condiciones de aplicación" (GINEBRA). Esto significa que ha de tenerse en cuenta esta definición restringida sólo en relación con la aplicación del Protocolo II, y no con el derecho de los CANI en general. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8.2.f), confirma la existencia de una definición de conflicto armado no internacional que no reúne los criterios del Protocolo II (Corte Penal Internacional).

La jurisprudencia ha aportado importantes elementos para una definición de conflicto armado, en especial por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales que para el caso colombiano es aplicable, en el sentido del artículo 3 común, que no están expresamente definidos en los Convenios concernidos.

Las sentencias y las decisiones del TPIY (Yugoslavia) también brindan bases sobre la definición de un CANI. Como se señaló más arriba, el TPIY determinó la existencia de un CANI "cuando quiera que haya (...) una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado" (The Prosecutor v. Dusko Tadic, 1995). EL TPIY, por consiguiente, confirmó que la definición de CANI en el sentido del artículo 3 común comprende situaciones en que "se enfrentan varias facciones sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales (S. Junod, 1998)". Desde ese primer fallo, en todas las sentencias del TPIY se ha partido de esta definición.

Varios autores reconocidos también han comentado con mucha claridad lo que debería considerarse un conflicto armado no internacional (CANI). Sus comentarios son de interés, sobre todo, en el caso de los conflictos que no llenan todos los criterios estrictos que contiene el Protocolo adicional II y proporcionan útiles elementos para hacer que se apliquen las garantías enumeradas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Según H. P. Gasser, está generalmente aceptado que, "los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos, por otra. (...). Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrenten entre ellos por el poder" (H. P. Gasser, 1993)

Schindler propone también una definición detallada: "Deben conducirse las hostilidades por la fuerza de las armas y presentar una intensidad tal que, por lo general, el Gobierno tenga que emplear a las fuerzas armadas contra los insurrectos en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía. Por otra parte, por lo que respecta a los insurrectos, las hostilidades han de tener un carácter colectivo, no tienen que ser realizadas por grupos individuales. Además, los insurrectos deben tener un mínimo de organización. Sus fuerzas armadas deben estar bajo un mando responsable y poder llenar ciertos requisitos mínimos desde el punto de vista humanitario" (D. Schindler, 1979)

Finalmente el Comité Internacional de la Cruz Roja estableció que, los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado (Parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima.

Un breve análisis es suficiente para concluir que esas condiciones existen en Colombia. Así, en nuestro país existen enfrentamientos armados entre el Estado y actores armados ilegales, como las guerrillas o los grupos paramilitares. Esos actores tienen una estructura jerarquizada que permite hablar de que tienen un mando responsable. Por solo citar un ejemplo, las FARC-EP (FARC-EP) tienen el secretariado, que es su comandancia superior, sin perjuicio de que muchos de sus frentes tengan una autonomía considerable.

Igualmente, estos actores armados tienen un control territorial suficiente para realizar acciones militares y aplicar las normas humanitarias. En efecto, el control territorial exigido por el Protocolo II no implica que el actor armado deba tener la capacidad de impedir la entrada de las Fuerzas Armadas del Estado en la zona de influencia guerrillera o paramilitar, sino que esos actores armados ilegales tengan una presencia territorial suficiente para realizar operaciones militares y aplicar las normas humanitarias. De esa manera, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su autorizado comentario de estas normas, señala que, “es la palabra ‘tal’ la que da la clave de la interpretación. El control debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo, es decir, cuidar a los heridos y los enfermos, por ejemplo, o recluir a los prisioneros y tratarlos debidamente” (comite internacional del la cruz roja)

Durante muchísimos años, las guerrillas colombianas han tenido una presencia militar suficiente para realizar continuos ataques a las Fuerzas Armadas del Estado, por lo cual tienen el control territorial necesario para realizar operaciones militares concertadas y sostenidas. Igualmente, las FARC han tenido privados de la libertad durante varios años a numerosos militares y civiles secuestrados.

Así las cosas, y ante los acuerdos de paz recientemente finalizados entre el Gobierno del actual Presidente Juan Manuel Santos Calderón y las FARC-EP, es aceptable concluir inequívocamente que i) la paz se da entre dos partes que han estado envueltas en hostilidades

mutuamente y de manera continuada, y que ii) los acuerdos de paz tienen como título “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, reconociendo por las partes implícitamente que existió durante mas de cinco décadas un conflicto interno armado, es aún más valido afirmar que las normas aplicables para juzgar y castigar los eventuales delitos cometidos con ocasión al conflicto armado interno han de enmarcarse dentro de los Convenios de Ginebra, los Convenios de la Haya, el Estatuto de Roma, y el Derecho Internacional Humanitario.

El derecho internacional humanitario (DIH), se conoce también como derecho de la guerra o derecho de los conflictos armados y tiene por objeto limitar los efectos de los conflictos armados por razones humanitarias. Su finalidad es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, a los enfermos y heridos y a los prisioneros y las personas civiles, y definir los derechos y las obligaciones de las partes en un conflicto en relación con la conducción de las hostilidades.

En su calidad de ley, el DIH impone obligaciones a las partes en los conflictos armados. No sólo deben respetar la ley, sino que tienen la obligación de hacer que se respete. No es aceptable desentenderse de estas obligaciones en atención al desarrollo mismo del conflicto y de las hostilidades, por lo que, desconocer los principios propios del Derecho Internacional Humanitario acarrea sanciones de tipo penal a quienes conducen las hostilidades de forma individual.

De esta manera ingresa a nuestro trabajo el concepto de Crímenes de Guerra, y delitos de Lesa Humanidad, que son consecuencia lata de la inobservancia de las reglas propias del Derecho Internacional Humanitario, por lo que es imperante dirigirse a los conceptos que brinda el Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma en su artículo 7 establece que se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Por otra parte el mismo Estatuto en el artículo 8 define que son crímenes de guerra, los siguientes: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a

saber, cualquier acto desarrollado contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente (...), b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional (...), c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa (...).

Estas infracciones de índole penal se materializan en ocasiones con la mediación de un tipo de delitos conocidos como delitos medio, que para el presente trabajo por analogía serán los delitos conexos a los crímenes de guerra y de lesa humanidad (delitos fin), que en todo caso son limitados en atención a la intrínseca naturaleza de los delitos que se generan en atención al conflicto armado.

En cuanto al marco metodológico, la presente investigación utiliza un enfoque cualitativo, por cuánto se “enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernández Sampieri, 2014, pág. 334), además, cuenta con un alcance exploratorio por cuanto “el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado” (Ibíd. pág. 91) ya que no existe muchas investigaciones sobre la viabilidad de la prisión domiciliaria para

militares, y menos, en tratándose de aquellos sindicados o condenados por la comisión de delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

De manera concatenada se utiliza el método de investigación cuantitativo, ya que, se recurrirá a las bases de datos de la rama judicial, las cuales arrojará cifras respecto del perfil del militar detenido sindicado o condenado por crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y conexos.

Por su parte, el método a utilizar en el presente trabajo es deductivo, pues se parte de lo general a lo particular, siendo lo particular la situación de los comportamientos de los militares detenidos sindicados o condenados por delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

Así mismo, se tiene como referencia, el personal militar detenido en el Centro Militar Penitenciario de Puente Aranda, Bogotá. Eligiendo esta población objetivo, debido a la cercanía que tienen los investigadores con la situación en particular.

Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

Cuando se hace referencia a los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, se está haciendo alusión a una categoría de delitos contemplados en la ley 599 del año 2000, demarcados en los artículos 135 y siguientes, hasta el artículo 164, con una serie de adiciones dadas por la ley 1719 de 2014.

Estos delitos se enmarcan como una categoría especial en el derecho punitivo colombiano, dado la naturaleza de comisión de los mismos, por cuanto se dan en el desarrollo de un conflicto armado, y el sujeto activo de la conducta es un sujeto actor del conflicto armado.

Para adentrarse en el estudio somero de esta categoría de delitos, es menester revisar de manera preliminar, el concepto de conflicto armado, para luego recaer en la noción de Conflicto Armado de tipo No Internacional, la cual es, dentro del contexto colombiano, la que se ha utilizado para el desarrollo de las hostilidades y aplicación del derecho de la guerra: DIH y DICA.

Conflicto Armado

Por conflicto armado, de manera general se puede describir una situación donde dos grupos armados, se enfrentan bélicamente entre sí, sin embargo, lo dictaminado por la doctrina internacional, tiene unos matices que no permiten configurar criterios estandarizados. Así bien,

Se entiende por conflicto armado todo enfrentamiento protagonizado por grupos armados regulares o irregulares con objetivos percibidos como incompatibles en el que el uso continuado y organizado de la violencia: a) provoca un mínimo de 100 víctimas mortales en un año y/o un grave impacto en el territorio (destrucción de infraestructuras o de la naturaleza) y la seguridad humana (ej. población herida o desplazada, violencia sexual, inseguridad alimentaria, impacto en la salud mental y en el tejido social o disrupción de los servicios básicos); b) pretende la consecución de objetivos diferenciados de los de la delincuencia común y normalmente vinculados a: - demandas de autodeterminación y autogobierno, o aspiraciones identitarias; - oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado o a la política interna o internacional de un gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; - o control de los recursos o del territorio. (Ballesteros Peiró, y otros, 2016, pág. 27).

Concepto que si bien se aventura en definir de manera general lo que se debe entender por Conflicto Armado, resulta inquietante en la medida que señala un número fijo de víctimas mortales, lo que en la práctica desconoce situaciones donde la intensidad decae en razón a treguas temporales o porque simplemente no se dan muertes, sino se consiguen prisioneros de guerra o retenidos por el conflicto según sea el caso.

Se debe tener en cuenta que los Conflictos Armados se clasifican en: Conflicto Armado de tipo Internacional (CAI), Conflicto Armado de tipo No Internacional (CANI) y de manera más reciente, los Conflictos Armados de tipo Internacionalizados. A la primera de las

categorías señaladas se le conoce comúnmente con la acepción de: guerra; y a los CANI, se les denomina guerra civil.

Conflicto armado de tipo no internacional (CANI).

Los Conflictos Armados de tipo No Internacional, conocido por sus siglas: CANI, han sido definidos por el derecho internacional como “aquellos que se desarrollan en el territorio de una alta parte contratante” (Naciones Unidas, 1977, Art. 1), y que además, contempla la confrontación entre las fuerzas armadas regulares del Estado y las “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas” (Ibíd.). Así mismo, se evidencia en la sentencia C-291/07, qué:

En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define ‘un conflicto armado sin carácter internacional’. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno

y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible. // El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3 común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel "inferior", conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto. (Corte Constitucional, 2007, párrafo [135], [M.P. Cepeda, M.]).

Por su parte, el tratadista autorizado por el CICR: Pietro Verri, ha señalado que por Conflicto Interno, o Conflicto Armado de tipo No Internacional, se debe entender:

Sinónimo de “**guerra civil**”, el conflicto armado de tipo no internacional se caracteriza por el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas

disidentes o rebeldes. (...) se considera conflicto armado no internacional todo conflicto que se desarrolle en el territorio de un Estado, entre sus fuerzas armadas y sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control total que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el derecho internacional establecido para este tipo de conflicto. (Verri, 2008, pág. 26).

Derecho penal y DIH.

Una vez revisado el concepto de los conflictos armados, en especial el que compete directamente al derecho colombiano: el Conflicto Armado de tipo No Internacional, se deben identificar las conductas que el legislador colombiano en atención al derecho internacional, ha considerado como punibles. Estas conductas punibles se encuentran consagradas en el Código Penal Colombiano, ley 599 del año 2000, con las adiciones traídas por la ley 1257/08, y la ley 1719/14.

Los delitos a considerar son los siguientes:

Artículo 135. Homicidio en persona protegida. Adicionado por el art. 27, Ley 1257 de 2008. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de (...)

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Artículo 136. Lesiones en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida

conforme al Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte.

Artículo 137. Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 138. Acceso carnal violento en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de (...)

Artículo 138A. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139A. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139B. Esterilización forzada en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, prive a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139C. Embarazo forzado en persona protegida. El que con ocasión del conflicto armado, habiendo dejado en embarazo a persona protegida como resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, abusivo o en persona puesta en incapacidad de resistir, obligue a quien ha quedado en embarazo a continuar con la gestación, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139D. Desnudez forzada en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, obligue a persona protegida a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 139E. Aborto forzado en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de persona protegida sin su consentimiento, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual. Modificado por el art. 4, Ley 1719 de 2014. El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de (...)

Artículo 141A. Esclavitud sexual en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad por medio de la violencia sobre persona protegida para que realice uno o más actos de naturaleza sexual, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 141B. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a una persona protegida dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de (...)

Artículo 143. Perfidia. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja,

la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá por esa sola conducta en prisión de (...)

Artículo 144. Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de (...)

Artículo 145. Actos de barbarie. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de (...)

Artículo 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. El que, fuera de los casos previstos expresamente como conducta punible, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique

con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme a las normas médicas generalmente reconocidas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de (...)

Artículo 147. Actos de discriminación racial. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 148. Toma de rehenes. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de (...) Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-291 de 2007

Artículo 149. Detención ilegal y privación del debido proceso. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 150. Constreñimiento a apoyo bélico. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa incurrirá en prisión de (...)

Artículo 151. Despojo en el campo de batalla. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 152. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden y deben realizarse, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de (...) Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-291 de 2007

Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada

en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de (...) Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, la pena será de (...) Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-291 de 2007

Artículo 158. Represalias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 160. Atentados a la subsistencia y devastación. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil, incurrirá en prisión (...)

Artículo 161. Omisión de medidas de protección a la población civil. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de (...)

Artículo 163. Exacción o contribuciones arbitrarias. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de (...)

Artículo 164. Destrucción del medio ambiente. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión de (...) (El Congreso de Colombia, 2000).

Los anteriores tipos, son aplicables exclusivamente en situaciones de conflictos armados de tipo no internacional, a quienes hagan parte de las hostilidades, a saber, los anteriores se les conoce con el nombre de: combatientes. Sobre el referente, Pietro Verri, ha señalado qué: “Según el derecho internacional, son combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una Parte del conflicto, es decir, que tienen derecho a participar directamente en

las hostilidades, con excepción de su personal sanitario y religioso (...)” (Verri, 2008, pág. 24).

Las Funciones de la Pena

En términos generales la pena, cuando no es extintiva, consiste en la limitación de los derechos personales de un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por la rama jurisdiccional, cuando éste es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado ajeno.

En el Gran Diccionario Enciclopédico Universal la pena está definida de la siguiente manera: “la pena es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”. (Universal, 1986.). Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española la define así: “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”. (Real Academia Española. Editorial Espasa, 2001)

Por otra parte, en la doctrina se encuentra diversas definiciones de la pena, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: Ulpiano, jurisconsulto romano, considera la pena como una venganza frente al daño sufrido. Francisco Carrara, por otra parte, dice que la pena tiene tres definiciones: en sentido general, la pena expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; en sentido especial, la pena designa un mal que implica el sufrimiento por un hecho cometido con dolo o imprudencia; en sentido especialísimo, expresa el mal impuesto al reo por la autoridad como consecuencia de un delito.

Emile Durkheim, sociólogo, considera que la pena es la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa y sostiene; en este sentido sostiene que la pena es la reacción de los miembros de una sociedad, impulsada por sentimientos irracionales y emotivos, frente a una transgresión contra el orden moral, que pretende restaurarlo.

Alfonso Reyes Echandía, considera que la pena se puede definir como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible.

La función de la pena ha sido determinada por el correr de los años y durante el desarrollo de las sociedades. Así como han existido diferentes formas de pensar, diferentes formas de Estado, etc, en todos los tiempos, también la pena ha tenido diferentes funciones, pasando de ser una retribución al ofendido con el dolor que la pena produce en el delincuente, hasta llegar a tener como base la búsqueda de la prevención, la resocialización y el restablecimiento del equilibrio social que se ha quebrantado. La evolución de las sociedades ha implicado la evolución en la función que ha tenido la pena a lo largo de los tiempos.

Enrico Ferri (FERRI, 1933), en su libro “Principios del Derecho Criminal”, expresa que en este período la pena no solo consistió en una simple venganza privada, sino que tuvo el carácter de “venganza defensiva”, pues pretendía en cierta forma prevenir la ocurrencia de

hechos iguales (ECHANDÍA) que fueran cometidos por el mismo agresor o por personas diferentes.

Más adelante el delito pasó a ser considerado una agresión cometida contra el Estado, contra la misma sociedad. En consecuencia, la pena se convirtió en una venganza pública, ejercida por parte del poder público en representación del interés de la sociedad en general y en contra del responsable del hecho que causó el perjuicio. En virtud de lo anterior, la pena comenzó a ser más proporcionada con respecto al delito que se había cometido, aunque no dejó de ser un castigo cruel.

En un avance posterior, la pena llegó a cumplir una función de corrección de las conductas delictivas y de adaptación del delincuente a la sociedad, a la cual no podía pertenecer teniendo en cuenta las demostraciones lesivas de su conducta. A partir de este momento, se evidenció un acercamiento entre el delito cometido y su consecuencia. La pena llegó a ser entonces, una medida de prevención y de resocialización, de tal forma que se corrigieran las conductas que ocasionaban perjuicios tanto a las personas en particular como a la sociedad en general, evitando así que dichas conductas se repitieran y permitiendo a quien las ejecutara pertenecer a la sociedad que había lesionado sin que fuera perjudicial, ni para él ni para los que lo rodean.

Fue así como la función de la pena pasó de ser una retribución al ofendido con el dolor que la pena produce en el delincuente, hasta llegar a tener como base la búsqueda de la prevención y la resocialización, tal y como ya se había expresado. A partir de esta evolución

surgieron Teorías Relativas de la Pena, Teorías Absolutistas de la Pena Y Teorías Mixtas que han servido como parámetro funcional del Derecho Penitenciario y al Derecho Penal esencialmente; a saber a continuación se describen brevemente.

Teorías absolutistas	
Consideran que la pena es un fin en sí mismo. Se castiga porque se ha delinquido, se busca hacer justicia.	
Teoría de la reparación.	El delito ocasiona un daño tanto al individuo como a la colectividad y éste debe ser reparado con el dolor que la pena produce en el delincuente. (Galvis Rueda, 2003, pág. 23)
Teoría de la retribución.	La pena es la respuesta justa al delito. Al respecto señala el filósofo Emmanuel Kant: “la ley penal es el imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta”. (Ibíd.).
Teoría Hegeliana	Georg Wilhelm Friedrich Hegel considera que: “la pena, siendo negación del delito y éste a su vez negación del derecho, reafirma el imperio del Estado. (Ibíd.).

Teorias relativistas	
Toman la pena como un medio para alcanzar otras metas: prevención, resocialización, defensa social, etc. Dentro de estas teorías, se encuentran las siguientes:	
Teoría preventiva.	La pena pretende evitar que se cometan nuevos delitos; se orienta a crear en la conciencia ciudadana el temor al delito y sus consecuencias, con el objetivo de impedir que el delincuente reincida, además, en sus actos lesivos. (Ibíd. pág. 24).
Teoría correccionalista.	El delincuente es visto como un sujeto anormal que necesita tratamiento esencialmente educativo, para corregir las fallas que lo condujeron al delito y así pueda regresar a la sociedad cuando esté recuperado. (Ibíd. pág. 24).
Teoría positivista.	La función de la pena es lograr la resocialización del delincuente por ser un sujeto anormal y la de proteger a la sociedad de la peligrosidad demostrada por él. (Ibíd. pág. 24).

Teorías mixtas	
Consideran que la pena tiene un carácter absoluto (retribucionista o reparador), pero además tiene una finalidad de carácter relativo (prevención, corrección, etc.).	
Francisco Carrara	“el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad turbado por el desorden del delito, sin perjuicio de su función intimidadora y de su objetivo específico de enmienda”. (Ibíd. pág. 25).

Desde el Código Penal Colombiano se indica que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, y que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la prisión. (Artículo 4º Ley 599 de 2000).

La Función Preventiva de la Pena

El fin preventivo de la pena, se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones. Las tesis que pretenden justificar las sanciones penales, alegan que ellas cumplen una función preventiva de la criminalidad Y consideran que la pena es impuesta precisamente para evitar la realización de otras conductas punibles. Se castiga con el propósito de evitar que se incurra en nuevas faltas: *punitur ne peccetur* (castigar para que no se peque). Según Muñoz Conde en una sociedad moderna no cabe otra legitimación del derecho penal

que la preventiva, aun cuando a renglón seguido admite el profesor español que "tampoco una teoría preventiva puede pretender una validez absoluta" (Conde) .

Dentro de las tesis que otorgan una función preventiva a la sanción penal, pueden ser diferenciadas tres corrientes: la de la prevención general, que como su nombre lo indica, afirma que la pena favorece una evitación generalizada de la ocurrencia de las conductas punibles; la corriente de la prevención especial, que afirma que mediante la pena se logra que el particular infractor no reincida en su conducta delictiva, y la corriente que cree que la sanción penal supuestamente permite alcanzar tanto la prevención general como la especial. Cesare Boneasa, Marqués de Beccaria (1738 - 1794), concedía igual importancia a estas dos formas de prevención, al afirmar que el fin de la pena "no es otro que e de impedirle al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y el de disuadir a los otros de hacer lo mismo" (Beccaria, 2005, pág. 32).

La prevención especial pretende referir esta estrategia al logro de que la persona que ya cometió la conducta punible no vuelva a realizar este tipo de conductas. La prevención especial está orientada entonces a evitar la recidiva, esto es, a prevenir que el individuo sancionado recaiga en la realización de conductas punibles.

La Función Restaurativa de la Pena

La restauración es un concepto que, en los últimos años ha empezado a ganar espacios en el pensamiento criminológico la idea de una "justicia restaurativa" que, en sus rasgos

esenciales, aparece compatible con los ideales del humanismo criminológico que inspira las ideas nucleares de este trabajo.

David Garland ha destacado el hecho de que la justicia restaurativa encarna "una visión de la relación entre el ofensor y el ofendido que contrasta con la visión de suma cero" (Garland) que, es la actualmente prevaleciente y hace énfasis en una visión victimológica. El código de procedimiento penal (ley 906) contiene disposiciones que parecen orientadas a darle vigencia a los postulados de la justicia restaurativa. De manera singular debe destacarse el balance que se esforzó el legislador por establecer entre los derechos del imputado (artículo 8º) Y los de las víctimas (Artículo 11), a las que se les garantizó acceso a la administración de justicia.

La Función Retributiva de la Pena

Bajo el concepto de retribucionismo se han formulado al menos cuatro tesis diferentes en torno a la delimitación del concepto. Según la primera, bajo dicho concepto se entiende que todos los criminales y sólo los criminales deben ser castigados. Conforme con la segunda, la pena al criminal debe servir como retribución por el crimen cometido ("Vergeltung"). Según la tercera acepción, el grado de la pena debería ser proporcional al crimen, lo que significa que la relación de los delitos entre sí debería corresponder a la relación de las penas entre sí. Un crimen severo debería ser castigado más arduamente que un crimen menor, y dos delitos igualmente severos deberían ser punidos con equivalente severidad. De acuerdo con la cuarta acepción, el grado de la pena debe ser equivalente al delito cometido, esta tesis es conocida como "Wiedervergeltung" o ius talionis (derecho de represalia).

La Resocialización, Rehabilitación, Reinserción Social y la Pena

Resocializar quiere decir volver a socializar. Rehabilitar es volver a habilitar. Reinsertar, por su parte, significa volver a insertar. Literalmente esto significaría que quienes son objeto de tratamientos resocializadores, rehabilitantes o reinsertantes, alguna vez estuvieron socializados, habilitados o insertados adecuadamente en la vida en sociedad. Con frecuencia se evidencia que las personas que son objeto de sanciones penales nunca estuvieron completamente integradas al grupo, hecho que es aplicable a un grupo importante de la población carcelaria. Por lo general provienen más bien de subgrupos marginados o discriminados, A quienes usualmente se les han negado opciones adecuadas para su inserción en el grupo o para su habilitación para la vida social. Resultaría, entonces, más lógico hablar de quien mediante las sanciones penales se pretende socializar, habilitar o insertar a alguien en una vida significativa en sociedad.

Cuando se habla de rehabilitar, resocializar o reinsertar a Alguien, parece partirse supuesto de que lo que hay que cambiar es al individuo, volverlo a un cause ideal, o traerlo a él (en cuyo caso habría mejor que hablar de habilitar, socializar o insertar). No parece plantearse, dentro de este esquema, la necesidad de cambiar o ajustar a la sociedad, que resulta altamente idealizada, al menos implícitamente, como perfecta.

La reinserción social implica indubitablemente la integración de estamentos estatales para tratar la desviación de un individuo, que se encuentra cumpliendo una sanción penal consecuencia lógica de un comportamiento disfuncional.

A continuación se compilan las funciones de la pena a nivel universal, esto es, como un todo, y bajo el precepto integral de un objetivo único.

Funciones de la pena			
Prevención especial y general	Retribución	Restauración	resocialización
			Reinserción
			Rehabilitación
			Protección
Encaminada al delincuente y a la sociedad	Encaminada a la Sociedad y las víctimas	Encaminada a las Víctimas	Encaminada al Delincuente

La Prisión Domiciliaria en Colombia

La primera tesis es que, la prisión domiciliaria no es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad. En sus albores la regla sentada por la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero hoy revaluada y recogida, era que la prisión domiciliaria la ley no la contemplaba como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

(...) la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38 del Código Penal, si bien es cierto se constituye en una medida sustitutiva también lo es que la misma solo sustituye la prisión penitenciaria o intramural, implicando que el sentenciado

continúa privado de la libertad aun cuando en el lugar de su residencia, sitio donde debe purgar la pena de prisión impuesta.

En tales condiciones, también surge lógico que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión penitenciaria en un instituto diferente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a la libertad condicional como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, al punto que el legislador, como quedó visto, los ubica en ámbitos normativos distintos, dada la naturaleza y característica de cada uno. (sentencia 29347, 2008).

La segunda de las tesis es que en sí misma la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad. No obstante, como lo recuerda la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Auto radicado 30763, 2008) a partir de la sentencia del 26 de junio del 2008 proferida dentro del radicado 22453, varió el anterior criterio, en tanto que advirtió que la:

(...) prisión domiciliaria está concebida en la ley 599 de 2000 como un mecanismo sustitutivo de la prisión, tal como lo regula el artículo 38 de la reseñada legislación, incluyéndose allí - como se vio - una serie de exigencias de carácter objetivo (como el quantum de pena prevista para el delito) como subjetivo (referidas - por ejemplo - al análisis del desempeño personal, social, laboral que fundamentalmente permitan deducir que no se colocará en peligro la comunidad), condiciones unas y otras que

dado su carácter de concurrente han de comprobarse por el eventual beneficiario del instituto en mención.

Pero a la par con la anterior figura la ley 750 de 2002 y específicamente lo previsto por el artículo 1, añadió a aquella forma de ejecutar una pena otra especie de prisión domiciliaria, esta vez con un destinatario específico: la mujer (y/o el hombre) cabeza de familia, siempre y cuando se cumplan también los requisitos allí mismo señalados, entre los cuales cabe destacar la inexistencia de antecedentes penales y el que el delito no este excluido de tal beneficio, así como la valoración de los factores personales, laborales, sociales que permitan determinar que el condenado no pondrá en peligro a la comunidad o entre otros - a los hijos menores (Ibíd. párrafo [85]).

En conclusión, sí inicialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no admitía que la prisión domiciliaria pudiera ser considerada como sustitutiva de la pena privativa de libertad, tal y como se puede apreciar en varios de sus pronunciamientos, (Definición de competencia , 2008,) con el tiempo dicha posición cambió específicamente a partir de la expedición de la sentencia del 26 de junio de 2008 dentro del radicado 22453, en la que varió tal consideración; siendo el criterio que hoy impera. (Ratificación, Definición de Competencia , 2009,2010)

Bajo el actual panorama es claro que la pena de privación de la libertad se puede cumplir en el domicilio del condenado, siempre y cuando cumpla con los aspectos anteriormente señalados.

La misma legislación establece un parámetro de humanidad para aquellas personas que siendo condenadas padezcan de enfermedades muy graves y la legislación penal colombiana permite que cuando el condenado se encuentre atravesando una enfermedad grave y que su tratamiento resulte incompatible con las condiciones de reclusión en las que se encuentre en el centro penitenciario, se autorice la remisión al lugar de residencia o a un determinado centro hospitalario, donde se continuará con la ejecución de la pena privativa de la libertad.

La reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave se encuentra regulada en el artículo 68 del Código Penal, Ley 599 de 2000:

El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida. Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción. (Congreso de la Republica, 2004).

Los requisitos que se establecen para acceder a esta sustitución de la pena de privación de libertad en establecimiento penitenciario ordinario por la prisión domiciliaria son que la enfermedad que aqueja al condenado, de una parte, ha de ser considerada como «muy grave», de acuerdo con los criterios del informe médico. En segundo lugar, la enfermedad de que se trata ha de ser incompatible con las condiciones concretas de reclusión en las que vive el condenado en el centro penitenciario.

Empero, se puede vislumbrar de estos antecedentes normativos que no existe para estos casos clínicos restricción alguna respecto de los delitos cometidos o de la pena impuesta. Ahora

es importante traer a colación las normas a partir de las cuales se puede aspirar a la prisión domiciliaria, que en sede del presente trabajo inicia con la sentencia señalada anteriormente, la Corte empezó a considerar que la prisión domiciliaria es un verdadero mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y también ha puesto de manifiesto las normas bajo las cuales se puede aspirar al ejercicio de ese derecho.

Ha señalado la Sala citada que, se puede aspirar a la prisión domiciliaria bajo la óptica del artículo 38 del Código Penal, desde la perspectiva de la ley 750 del 2002 (Prisión Domicilio y Trabajo comunitario a las mujeres Cabeza De familia, 2002) o desde el artículo 68 (Reclusión Domiciliaria u Hospitalaria por Enfermedad muy Grave) del Código Penal Colombiano.

La otra posibilidad que contempla la legislación en relieve (Sentencia Radicado 22453, 2008) , que camino de escudriñar la posibilidad de la sustitución, surge potencialmente el artículo 314 de la ley 906 de 2004 (SUSTITUCION DE LA DETENCION PREVENTIVA, Código de Procedimiento Penal Colombia) , en el cual se describe la internación domiciliaria y aunque si bien es cierto lo hace el legislador como sustitución de la detención preventiva (numeral 5º), esto es, de la medida de aseguramiento también lo es que a la sustitución de la ejecución de la pena pueda arribarse por ese mismo sendero, tal como lo autoriza el artículo 461 (SUSTITUCION DE LA EJECUCION DE LA PENA. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ordenar al INPEC la sustitución de la pena , previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva) de la reseñada ley 906 de 2004 y que

en síntesis el encerramiento domiciliario bajo la legislación opera como forma de sustitución tanto de la detención preventiva como de la pena de prisión.

Una de las últimas concesiones hechas por el Congreso de la República en materia penitenciaria a los miembros de las Fuerzas Militares esta contenida en la Ley 1820 de 2016 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía indulto y tratamientos especiales, ya que en su esencia contiene un “tratamiento especial y diferenciado” en materia penal para quienes han participado en el conflicto armado interno colombiano.

El objeto de la ley 1820 de 2016 señala que la finalidad de la misma es regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. (Artículo 2° ley 1820 del 2016)

Concatenadamente mas adelante reza la misma ley que existirá un tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo; donde los agentes del Estado en primera medida no recibirán amnistía ni indulto, pero los que hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, recibirán un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con la ley ya citada. (Artículo 9° Ley 1820 de 2016).

Y por último la Ley 1820 de 2016 establece algunos parámetros para la Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales en el marco de la jurisdicción especial para la paz. El Artículo 56 esgrime la posibilidad de privación de la libertad en Unidad Militar o Policial para integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales que con anterioridad a la firma del acuerdo final de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Colombiano hubiesen cometido conductas punibles con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, y que actualmente se encuentren privados de la libertad en condición de sindicados o condenados con menos de 5 años de privación efectiva de la libertad.

**Formulación de la Prisión Domiciliaria para los Militares que han cometido Delitos
contra Personas y Bienes Protegidos por el DIH, Teniendo en Cuenta su Perfil**

Las Fuerzas Militares Colombianas Constitucionalmente encuentran su respaldo en el Artículo 216 de la Carta Magna que señala “(...) La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. (...), y seguidamente está el Artículo 217 que menciona “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”. (1991).

El término militar hace referencia a los individuos (miembros), instituciones, instalaciones, equipamientos, vehículos y todo aquello que forme parte de forma directa e inseparable de las Fuerzas Armadas o ejército; creado y organizado con la misión fundamental, pero no exclusiva, de defender la integridad territorial y la soberanía del país al que pertenezca por medio del uso de la fuerza y las armas en caso de ser necesario. (CGFM, 2016)

El Comando General de las Fuerzas Militares es la entidad de más alto nivel de planeamiento y dirección estratégica para las instituciones castrenses del país. Bajo su égida y faro están el Ejército Nacional de Colombia, la Armada de la República de Colombia y la Fuerza Aérea Colombiana. (CGFM C. G., 2017)

De sus dependencias emanan las directrices y las políticas de mando para los soldados de tierra, de mar y de aire, en estricto y cabal cumplimiento de la misión prevista en el artículo 217 de la Constitución Nacional. La Misión institucional de las Fuerzas Militares se erige bajo la premisa de “Defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la vigencia del orden constitucional, para contribuir a la seguridad de la población, sus recursos y el Estado Social de Derecho” (CGFM C. G., 2017). Esta misión institucional se irradia a cada una de las Fuerzas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) a través de principios y valores que son la guía en la incorporación, formación, entrenamiento, y actuar de sus miembros. Dentro del proceso de incorporación se hacen una serie de exámenes tanto físicos como psicológicos al personal de aspirantes, cuya finalidad es la de escoger a quienes cumplen con las capacidades íntegras para formar parte de las Fuerzas Militares de Colombia.

Dentro de la formación el Comando General de las Fuerzas Militares a través de sus respectivos Comandos de Fuerzas tienen una serie de Escuelas de Formación, cuya única misión es la de velar por una preparación integral del personal que va a laborar en la noble misión de defender la Nación como Oficiales de las Fuerzas Armadas durante un periodo de formación de 4 años.

El cuadro que se plasma seguidamente muestra las Escuelas de Formación de Oficiales de las diferentes Fuerzas Armadas en Colombia.

Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova	Es la encargada de formar integralmente a los futuros oficiales del Ejército como líderes comandantes de pelotón, profesionales en ciencias militares y otras disciplinas, con sólidas competencias fundamentales en principios y valores institucionales, en función del desarrollo y la seguridad nacional
Escuela Naval Almirante Padilla	Formar integralmente a Oficiales y Cadetes de la Armada Nacional, de la Marina Mercante y a profesionales del sector marítimo, propiciando las funciones de Docencia, Investigación, y Proyección Social, fomentando la cultura de la autoevaluación permanente en procura de la calidad y pertinencia de la educación, en el contexto de un mundo globalizado, con el propósito de contribuir al cumplimiento de la Misión Institucional.
Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez	Formar integralmente los futuros oficiales de la FAC; capacitar como pilotos de ala fija a oficiales de la fuerza pública y desarrollar operaciones militares en el área de

	responsabilidad, para fortalecer el cumplimiento de la misión de la Fuerza.
--	---

De estas Escuelas Militares de formación se irradia la doctrina hacia las Fuerzas Armadas, a través de un continuo ciclo que se cumple con cada promoción de Oficiales que ascienden y van a liderar procesos, procedimientos, y misiones en cada una de sus fuerzas y especialidades, es por esto que la preparación que se les brinda durante el tiempo de instrucción y formación castrense obedece a los más altos estándares de calidad y exigencia.

Por esto los procesos de selección al personal de suboficiales se hace a través de Escuelas de formación militar que los preparan con la misma exigencia durante un tiempo promedio de 2 años, una vez el aspirante ha superado un proceso de selección e incorporación riguroso, ya que debe poseer un alto perfil físico y psicológico que le permita afrontar las adversidades propias de la formación militar.

Por último, y no menos importante se encuentra la Escuela de Soldados Profesionales y la Escuela de Infantes de Marina donde se capacitan y entrenan ciudadanos Colombianos que han decidido una vez terminado su servicio militar obligatorio, seguir sirviendo a la patria como Soldados e Infantes de Marina Profesionales, haciendo parte activa de la defensa de la soberanía nacional. Es de resaltar que esta formación se da por los Oficiales y Suboficiales que

previamente se han preparado por un largo tiempo en las Escuelas de formación militar antes mencionadas.

Cada una de las personas que una vez preparadas y entrenadas de una forma integral, egresan constantemente al servicio del pueblo Colombiano cuentan con un alto grado de entrega desinteresada y que se funda en una serie de cualidades que los hacen únicos. Estas cualidades y virtudes están contenidas en la Oración a la Milicia de Pedro Calderón de la Barca, oración que al interior de los cuarteles es muy conocida y que hace parte de la formación del militar en Colombia y que reza en su última parte “(...) la milicia no es más que una religión de hombres honrados (...)”.

Es claro que al existir un conflicto armado interno, los comportamientos de los militares se pueden separar de estos lineamientos formativos, pero esto se da por el mismo ambiente hostil en que desempeñan sus labores los militares, pues no se puede pretender exigir un comportamiento a una persona que se encuentra privado de miles de comodidades básicas como una cama, por solo citar un ejemplo, a una persona que tiene todo tipo de comodidades y lleva una vida de por sí normal.

Es donde se ingresan las razones de la conducta desviada de un militar, que son las verdaderas causas de que un militar con tanta preparación, formación, disciplina y estructuración personal, familiar, social y profesional incurra en la comisión de un delito, que en todo caso dista de las causas generales de un delincuente, pues el militar como se ha

estructurado en este documento, no tiene una carrera criminal de por sí que se geste con la intención de favorecerse a sí mismo, sino que se comete con ocasión de su función militar.

Un militar desde su formación se entrega con abnegación total al servicio a su país y conciudadanos, manteniendo siempre la disciplina y otras tantas virtudes erguidas en sí mismo como guía de sus actuaciones. La palabra Disciplina deriva del latín *discipulus*, que significa discípulo, quien recibe una enseñanza de otro. En un principio este vocablo enlaza con una relación autoridad-subordinación, en la que una persona dirige y ordena y otra se somete y obedece. La disciplina está definida como la manera ordenada y sistemática de hacer las cosas, siguiendo un conjunto de reglas y normas estrictas que, por lo general, la rigen una actividad o una organización. Se entiende como la labor que ejerce una persona para enseñar o adquirir buenos hábitos; abarcando todas aquellas reglas de comportamiento que elabora y las medidas que ocupa para cerciorar que dichas reglas se cumplan.

Una vez esgrimido este concepto, no es necesario ahondar en las condiciones de disciplina en que se desarrolla el ámbito castrense, razón por la cual es claro que los militares están capacitados para recibir órdenes y así mismo cumplirlas y hacerlas cumplir.

Otro argumento que es preciso traer a colación, es que los militares que son requeridos por la justicia en un alto porcentaje se presentan voluntariamente ante las autoridades, y no es necesario hacer una “cacería de brujas” por así llamarlo para que afronten los procesos judiciales, precisamente como consecuencia de su formación.

El Gobierno Nacional con la expedición de la Ley 1820 de 2016 y la misma firma de la paz con las Farc-Ep, reconoció la necesidad de tener un tratamiento penal diferenciado para con los militares privados de la libertad sindicados o condenados por crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, razón por la cual establece un régimen de privación de libertad en Unidades Militares para integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales.

(...) La privación de la libertad en Unidad Militar o Policial para integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz es un beneficio expresión del tratamiento penal especial diferenciado propio del sistema integral, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser **aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano**, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz. Todo respetando lo establecido en el código penitenciario y carcelario respecto a otros servidores públicos.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso que no hayan entrado en funcionamiento los órganos de la Jurisdicción.

Solo podrá reingresar a la Fuerza Pública quien haya sido absuelto de responsabilidad de manera definitiva. (El Congreso de Colombia, 2016)

Entiéndase por Unidad Militar un elemento de organización permanente dentro de unas Fuerzas Armadas; bajo el mando de un jefe; con capacidades y características diferenciadas; y cuya estructura, efectivos (haciendo referencia al personal que la integra) y material (vehículos, armas, provisiones, etc.) han sido determinados por la autoridad competente. Ejércitos, armadas y fuerzas aéreas se organizan jerárquicamente en unidades de distintos tamaños siguiendo criterios operativos, organizativos y administrativos. Empero para efectos interpretativos la Unidad Militar se refiere a las instalaciones físicas donde se acantonan (Alojar y distribuir tropas en un lugar próximo a aquel en que pueden intervenir.) militares bajo un mando responsable jerárquicamente de ellos.

Visto esto, el Ejecutivo (a través de los acuerdos finales de paz con las Farc-Ep del 24 de Noviembre de 2016) y el Legislativo a través de la Ley 1820 de 2016 entendieron que el tratamiento penal y penitenciario a los miembros de las fuerzas Militares habría de ser diferente al ordinario contenido en la Ley 65 de 1993, en atención a las circunstancias propias del conflicto, pues son situaciones extremas de hostilidad, donde los combatientes llevan al limite sus capacidades físicas y psicológicas, generando circunstancias que generan el factor de riesgo hacia la transgresión de la ley penal.

Con este antecedente legal es válido y acertado generar la propuesta para proponer la figura de prisión domiciliaria para personal militar sindicado o condenado por delitos de lesa

humanidad, crímenes de guerra y conexos en Colombia con el fin de sustituir la prisión en establecimiento carcelario, no de una manera transitoria como lo establece la Ley 1820 de 2016, pues se limita hasta el momento en que la Jurisdicción Especial para la Paz defina la situación jurídica y definitiva de cada uno de los militares procesados o condenados por hechos que se generaron con anterioridad a la firma del acuerdo final de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional.

El planteamiento es que se modifique la prevención preventiva y la prisión en establecimiento carcelario sindicado o condenado por crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad y conexo de la siguiente manera:

- a. Adicionase un Parágrafo al Artículo 38B de la Ley 1709 de 2014 que quedará así:

PARÁGRAFO: El contenido del numeral 1º del presente artículo no será aplicado a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren procesados o condenados por delitos cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno o en operaciones del restablecimiento del orden público o por crímenes de guerra o de lesa humanidad y conexos.

- b. Modificase el Artículo 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38G a la ley 599 de 2000 así:

Artículo 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario **si no hacia parte de las Fuerzas Armadas al momento de la comisión del delito**; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2° del artículo 376 del presente código.

c. Modifícase el artículo 27 de la ley 1142 de 2007 que modificó el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 así:

Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

6. *Cuando el imputado al momento de la presunta comisión del delito haya sido miembro de las Fuerzas Armadas en desarrollo de operaciones de restablecimiento del orden público o que el presunto punible se haya generado con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno.*

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez.

El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del Inpec, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.

Parágrafo. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces *si el imputado no hacia parte de las Fuerzas Armadas al momento de la comisión de la*

conducta punible que en todo caso debió ser desarrollada con ocasión del conflicto armado interno o en desarrollo de operaciones de restablecimiento del orden público, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1° y 3°); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2°).

Conclusiones

Al establecer un paralelo entre los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, se da una idea más clara de que tipos de conductas o violaciones de la ley, fueron infringidos por los agentes del Estado, especialmente por los miembros de las fuerzas militares, se podría establecer que un alto porcentaje de infracciones de los agentes del Estado caen dentro de las citadas categorías por el desarrollo de un conflicto armado con una duración de más de cincuenta años en Colombia, siendo un lapso de tiempo muy extenso en el cual se puede incurrir en dichas conductas por varias generaciones de actores del conflicto, los cuales son una violación de las protecciones establecidas por las leyes y las costumbres de la guerra, integradas por las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el conflicto armado y por las violaciones al Derecho Internacional de los Conflictos Armados. El término se define en gran medida en el Derecho internacional, los incluidos en la convención de Ginebra.

Por su parte, los miembros de la fuerza pública durante este conflicto armado, incurrieron en las conductas tipificadas en el código penal (ley 599 del año 2000 con sus modificaciones), conductas que no solo hacen parte de los acuerdos firmados y ratificados por Colombia y que a su vez forman parte de la legislación colombiana vía bloque de constitucionalidad. Así que por tal, quienes han cometido dichas conductas, deben ser llevados ante la justicia para ser investigados, sea esta la justicia penal militar o la justicia especializada en derechos humanos como sea definido en Colombia, existiendo también la posibilidad de que sean llevados estos miembros de la fuerza pública ante la corte penal internacional si el

Estado colombiano denota negligencia en la protección, investigación, juzgamiento de quienes incurrieron en esas conductas punibles con relación o no del conflicto armado, a lo anterior se le conoce como principio de complementariedad.

Pero tanto, la legislación internacional que protege los derechos humanos y los diferentes acuerdos firmados y ratificados por Colombia para la protección de los mismos, entre ellos el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), no exigen que quienes incurrieron en estas conductas tengan una pena de privación de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario, no está tampoco estipulado que la única forma de purgar una pena privativa de la libertad sea en estos establecimientos, no obliga que sea en establecimiento carcelario o penitenciario civil u ordinario, tampoco en establecimiento carcelario y/o penitenciario militar y para el caso el motivo de esta investigación que sea purgada la pena en el domicilio del miembro de la fuerza pública sindicado o condenado.

Así mismo, la legislación colombiana es la que ha definido en donde deben de purgarse las penas impuestas a los agentes del Estado y es también la legislación colombiana la que excluye a los miembros de las fuerzas militares que estén condenados por un juez de la alternativa de la prisión domiciliaria que en el sistema legal colombiano es permitido para el resto de los ciudadanos, al modificar esta norma no se estaría en contravía de los estamentos internacionales ni en contra de los acuerdos firmados por Colombia, por tal motivo, es la legislación Colombia en cabeza del legislador primario, apoyado en las altas cortes, quienes también han estudiado este tema en razón de la terminación del conflicto, los llamados a

modificar los criterios establecidos en la ley 1709 artículo 38B para el acceso por parte de los miembros de la fuerza pública a la alternativa de la prisión domiciliaria

La privación de la libertad debe ser la última instancia en el militar detenido. De acuerdo con lo dispuesto a la ley, si este se encuentra en etapa de investigación (sindicado) deberá permanecer en una unidad militar (casino), y si es condenado deberá purgar su pena en los centros militares penitenciarios, pero también debe permitir el acceso a diferentes alternativas que ofrece la ley para el pago de la pena o medida de aseguramiento impuesta a los miembros de la fuerza pública, quienes han sido condenados o son investigados por violaciones a los derechos humanos, como es la prisión domiciliaria y no solo como en la actualidad, que purgan sus penas en cárceles civiles y/o en centros militares penitenciarios.

Igualmente, al establecer cuáles son las funciones de la pena teniendo en cuenta los diferentes conceptos tanto de las diferentes teorías tales como: teoría absolutistas con la retribución y la reparación, la teoría relativista con la corrección y prevención del delito, como de los autores y tratadistas que se ha señalado: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Emmanuel Kant, Francisco Carrara Enrico Ferri, Reyes Echandia. En la presente investigación para poder establecer que se busca o cual es el fin de privar de la libertad a un miembro de la fuerza pública en calidad sindicado o condenado, se señala que tales están encaminados a la prevención del delito, a la restauración de derechos y a la retribución a la sociedad o a las víctimas; en todos estos caso se puede evidenciar que la prisión domiciliaria cumple con tales fines ya que el solo hecho de limitar a un miembro de la fuerza pública de su derecho a la libre

locomoción cumple con este propósito, de igual forma hacen parte de la pena La resocialización, rehabilitación, reinserción social en Colombia no se cumple en las cárceles civiles a diferencia de los Centros Militares Penitenciarios debido al perfil psicológico del militar y en el entendido que ya se está evidenciando con el actual proceso de paz , es evidente que se puede modificar la norma para que no solo beneficie a los miembros de la fuerza que incurrieron en estas conductas durante el desarrollo de este conflicto sino a futura con los miembros de la fuerza pública que pueda incurri en estas faltas .

Al analizar la figura de prisión domiciliaria en la legislación colombiana, esta investigación mencion los antecedentes de esta figura en la legislación Colombia, las normas que aplican la misma en el ámbito jurídico y también como un colombiano puede acceder a esta alternativa para pagar su pena una vez sea condenado, pero también se evidencio que la ley no permite a los miembros de la Fuerza militares esta alternativa. Actualmente, se generan prejuicios al objetivo que se tuvo inicialmente de la detención domiciliaria, al no aplicarse el principio de favorabilidad para miembros de la fuerza pública sindicado o condenados por delitos en contra de los derechos humanos por algún sector de los administradores de la justicia, en el sentido que se le entendía como un beneficio e inclusive como libertad provisional. Los jueces de Control de Garantías, los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte y los fiscales observan como un obstáculo mencionado beneficio y se basan en lo subjetivo de la interpretación y no a la objetividad de la norma.

Al establecer la figura de prisión domiciliaria teniendo en cuenta el perfil militar, esta investigación denota no solo porque el estado tiene una fuerza militar, su razón de ser, su legitimidad y la función primordial que es la defensa de la patria, a su vez se conoció los estatutos y leyes que rigen la carrera de las armas y a los miembros que la conforman, los procesos diferentes procesos de selección que cada una de las fuerza militares, estableciendo el perfil para los integrantes del Ejército Nacional, Armada Nacional, y Fuerza aérea, este perfil resalta cualidades de cada uno de sus integrantes que no se pierden por el hecho de ser investigado o condenado por violación de ley, el desarrollo personal y psicológicos de los miembros de la fuerza pública que se encuentra en los diferentes centros penitenciarios militares.

Así las cosas, resulta un despropósito tanto funcional como respecto a las garantías de los derechos humanos en un plano de igualdad y favorabilidad, el negar la figura de la prisión domiciliaria a los agentes del Estado que han cometido alguno de los delitos enmarcados en el título segundo del Código Penal colombiano. Por tal, el órgano legislativo colombiano está en la obligación de enrutar su accionar, en procura de salvaguardar los derechos humanos de quienes se encuentran privados de la libertad, reconociéndolos como iguales ante la ley, respecto de aquellos que se ven beneficiados plenamente con los diferentes subrogados penales.

Referencias

Analicia Detallado De Los Criterios , It-03-66-T (30 De Noviembre De 2005).

Articulo 2° Ley 1820 Del 2016.

Artículo 4° Ley 599 De 2000..

Articulo 9° Ley 1820 De 2016.

Auto Radicado 30763, Radicado 30763 (02 De Diciembre De 2008).

Ballesteros Peiró, A., Fisas Armengol, V., Navarro Milián, I., Royo Aspa, J. M., Urgell

García, J., Urrutia Arestizábal, P., . . . Villellas Ariño, M. (2016). *Alerta 2016:*

Informe Sobre Conflictos, Derechos Humanos Y Construcción De Paz. Barcelona:

Icaria.

Beccaria, C. (2005). *De Los Delitos Y Las Penas.* (J. R. Fontalvo, Trad.) Bogota.

Bertora, C., Bruera, M., & Lazaneo, J. (2014). *Prisión Domiciliaria, Su Función Como Pena*

Alternativa Y La Implicancia Del Interés Superior Del Niño En Ella. Buenos Aires.

Cfr. Eric David, Ob.Cit., P. 646..

Cgfm. (19 De Dicmenre De 2016). *Cgfm.Mil.Co/Quienes-Somos.* Obtenido De

Cgfm.Mil.Co/Quienes-Somos: [Http://Cgfm.Mil.Co](http://Cgfm.Mil.Co)

Cgfm, C. G. (07 De Enero De 2017). *Cgfm.Mil.Co.* Obtenido De Cgfm.Mil.Co:

[Http://Cgfm.Mil.Co/Quienes-Somos](http://Cgfm.Mil.Co/Quienes-Somos)

Charles, B. (1992). *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*,. Nijhoff:
Dordrecht.

Colombia, E. N. (S.F.). *Www.Ejercito.Mil.Co*. Recuperado El 3 De Diciembre De 2016, De
Www.Ejercito.Mil.Co: <https://Www.Ejercito.Mil.Co/?Idcategoria=211740>

Comite Intenacional Del La Cruz Roja . (S.F.). Ob Cit Parrrafo 4466.

Conde, F. M. (S.F.). *Derecho Penal Y Control Social*.

Conflicto Armado No Internacional.

Congreso De Colombia. (2002). *Ley 750 De 2002 Por La Cual Se Expiden Normas Sobre El
Apoyo De Manera Especial, En Materia De Prisión Domiciliaria Y Trabajo
Comunitario*. Colombia.

Congreso De La Republica. (2004). *Codigo De Procedimiento Penal*. Bogota: Gaceta
Oficila.

Congreso De La República. (2004). *Ley 906 Del 2004 "Código De Procedimiento Penal"*.
Bogotá: Diario Oficial.

Constitucion Politica De Colombia, Art 217 (1991).

Convencion De Ginebra. (S.F.). *Protocolo Adicional Ii, Art 1.1*.

Corte Constitucional. (2007). *C-291/07*. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia Del 30 De Julio De 2002, C-578 De 2002, Revisión De La
Ley 742 Del 5 De Junio De 2002 "Por Medio De La Cual Se Aprueba El Estatuto De

Roma De La Corte Penal Internacional, Hecho En Roma El Día Diecisiete (17) De Julio De Mi, C-578 /2002 (Corte Constitucional Corte Constitucional, Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional, 17 De Noviembre De 1998).

Corte Penal Intenacional. (S.F.). *Estatutos De La Cpi Art 8.2.F.*

D. Schindler. (1979). *The Different Types Of Armed Conflicts According To The Geneva Conventions And Protocols*, . (Vol. 163). Readi.

David, E. (S.F.).

Definicion De Competencia , Radicados 29347,29403,29644,29905,30359,30200 (12,23,30,13,20,27 De Marzo, Abril,Junio,Agosto De 2008,).

Derecho Internacional Humanitario.

Echandia, A. R. (1996). *Derecho Penal*. Bogota: Temis,.

Echandía, R. (S.F.). *Derecho Penal*.

El Congreso De Colombia. (2000). *Ley 599 De 2000, "Por La Cual Se Expide El Código Penal"*. Colombia.

El Congreso De Colombia. (2000). *Ley 599 Del Año 2000, Por La Cual Se Expide El Código Penal*. Colombia.

Eric David, O. C. (S.F.).

Farc-Ep, L. F.-E. (S.F.).

Ferri, E. (1933). *Principios De Derecho Criminal*. (T. J. M, Trad.) Madrid: Editorial Reus.

Fontalvo, J. R. (2014). *Criminologia Un Enfoque Humanistico* (Cuerta Ed.). Bogota, Distrito Capital, Colombia: Temis S.A. Recuperado El 1 De Diciembre De 2016

Galvis Rueda, M. C. (2003). *Sistema Penitenciario Y Carcelario En Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Garland, D. (S.F.). *La Cultura Del Control. Crimen Y Orden Social En La Sociedad Contemporánea*.

Ginebra, C. D. (S.F.). *Protocolo Ii Art 1.1*.

H. P. Gasser. (1993). *International Humanitarian Law: An Introduction, In: Humanity For All: The International Red Cross And Red Crescent Movement*,. Berna: H. Haug (Ed.), Paul Haupt Publishers,.

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología De La Investigación*. México: Mc Graw Hill.

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología De La Investigación*. México: Mc Graw Hill.

Ididem.

Ley 1422 (2007). Congreso de la República. Colombia.

Ley 1453 (24 De Junio De 2011). Congreso de la República. Colombia.

Ley 1709. Congreso de la República. Colombia.

Ley 1709 Art 38d (2014). Congreso de la República. Colombia.

Ley 599 (2000). Congreso de la República. Colombia.

Ley 65, Art 35 (1993). Congreso de la República. Colombia.

Ley 65, Articulo 9 (1993). Congreso de la República. Colombia.

Ley 660, Codigo Procedimeto Penal (2000). Congreso de la República. Colombia.

Ley 750 (2002). Congreso de la República. Colombia.

Ley 906, Codigo De Procedimiento Penal (2004). Congreso de la República. Colombia.

Martin, C. F. (S.F.). Araceli. Congreso de la República. Colombia.

Naciones Unidas. (1977). *Protocolo Ii Adicional A Los Convenios De Ginebra De 1949*.

Naranjo Mesa, V. (1990). *Teoria Constitucional E Instituciones Politicas*. Bogotá: Temis.

Olmo, O. (2000). *Origen Y Evolución Histórica De La Pena De Prisión*. Barcelona:

Universidad Del País Vasco.

Pellet, P. Y. (1999). Patrick Y Pellet,. *Librerie Générale De Droit Et Jurisprudence*, 580.

Prinsion Domicilio Y Trabajo Comunitario A Las Mujeres Cabeza De Familia, Ley 750
(2002).

Ratificacion, Definicion De Competencia , Radicados

31954,31837,32567,33344,33146,33712,34318,34668 (01, 29,09,19,20,10,09,04 De
Julio,Septiembre,Eneromarzo, Junio, Agosto De 2009,2010).

Real Academia Española. Editorial Espasa, 2. P. (2001). *Diccionario De La Lengua Española*. Editorial Espasa.

Reclusion Domiciliaria U Hospitalaria Por Enfermedad Muy Grave (Congreso De La Republica).

Rico, J. M. (S.F.). *Crime Y Justicia En America Latina*. (Cit, Ed.)

S. Junod, E. S. (1998). *Comentario Del Protocolo Del 8 De Junio De 1977 Adicional A Los Convenios De Ginebra Del 12 De Agosto De 1949 Relativo A La Protección De Las Víctimas De Los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional*. Bogota.

Sanchez, E. (S.F.). *Retrospeccion De Los Ejercitos*. Planata.

Sentencia 29347, Radicado 29347 (Sala De Casacion Penal 12 De Marzo De 2008).

Sentencia 35943 (Corte Suprema De Justicia 22 De Junio De 2011).

Sentencia C-1076 (Corte Constitucional Colombia 2002).

Sentencia C-291 De 2007 , Corte Constitucional..

Sentencia Radicado 22453, Radicado 22453 (26 De Junio De 2008).

Sustitucion De La Detencion Preventiva, Codigo De Procedimiento Penal Colombia.

Sustitucion De La Ejecucion De La Pena. El Juez De Ejecucion De Penas Y Medidas De Seguridad Ordenar Al Inpec La Sustitucion De La Pena , Previa Cauccion, En Los Mismos Casos De La Sustitucion De La Detencion Preventiva.

The Prosecutor, It -94-1-T (Mayo De 1997).

The Prosecutor V. Dusko Tadic, It-94-1-A, (2 De Octubre De 1995).

Tribunal Penal Internacional Pdecision On The Defense Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction (The Prosecutor V. Dusko Tadic A/K/L «Dule, Case Num. Lt-94-L-Ar72 », , (Tribunal Penal Internacional Para La Antigua Yugoslavia, T 02 De Octubre De 1995).

Universal, E. (1986.). *Gran Diccionario* (Segunda Ed.). Bogota: Prolibros Ltda.

V.D Schindler. (1979). *The Different Types Of Armed Conflicts According To The Geneva Conventions And Protocols*.

Vega, T. (Agosto De 2015). (Farcometro, Entrevistador)

Velandia Sánchez, A. (2012). *Las Reglas De Los Conflictos Armados*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Verri, P. (2008). *Diccionario Internacional De Los Conflictos Armados*. Buenos Aires: Cicr.

Www. Inpec. Gov.Co. (5 De Diciembre De 2016). Obtenido De

<Http://Www.Inpec.Gov.Co/Portal/Page/Portal/Inpec/Serviciosdeinformacionalciudadano/Glosario>

Yugoslavia, T. P. (S.F.).