

## OBSERVACIONES AL DOCUMENTO GUÍA Y PRESUPUESTOS DE ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO

**Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario  
Proyecto Lucha Contra La Impunidad – PLCI**

**Consultoría especializada para la elaboración de un Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida (Ref. TORS002-P10-V2.1)**

**Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona  
Consultor**

### **Presentación:**

En el siguiente escrito se presentan observaciones al documento guía y base para la elaboración del presente Protocolo, denominado: “*Guía base para la caracterización e identificación de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH*”. Este documento, base para la elaboración del Protocolo debe ser enriquecido con nuevas consideraciones, teniendo en cuenta, además, que fue escrito en el mes de marzo de 2006. De esta forma, se harán observaciones tanto al documento guía, como nuevas consideraciones necesarias hoy para abordar un tema tan complejo. Éstas últimas constituyen, a su vez, fundamentos para la elaboración del Protocolo y para la comprensión del mismo.

No se trata de redactar otro documento teórico muy extenso, por esa razón, se harán consideraciones fundamentales, de manera sintética con citas jurisprudenciales o doctrinarias muy puntuales, de tal forma que las observaciones y consideraciones sirvan a las instituciones como referentes o como contexto respecto de apartes centrales del Protocolo. Es decir, al ser el Protocolo un documento sintético, con rutas jurídicas concretas, requiere que sea leído en consonancia con dichas observaciones, además, desde luego, de ser leído conforme al documento guía. (Así, se preserva una secuencia desde el documento guía hasta el Protocolo, que da consistencia al trabajo desarrollado por el Programa de Lucha contra la Impunidad, de la Vicepresidencia de la República). También, desde luego, se tienen en cuenta en el presente trabajo, observaciones hechas en su momento por diversas instituciones al documento base o guía: ellas han participado decididamente con sus conceptos y de ello da cuenta el siguiente documento.

### **I. Observaciones básicas al documento guía**

## **1. Sobre la postura conceptual**

Existe una plena coincidencia del consultor con lo establecido en el documento básico. Esto es fundamental, ya que no se entrarían a discutir cuestiones de fondo, de carácter ideológico, con el documento previo. Es un texto moderado y técnico, con vocación institucional. Este hecho es relevante, además de serlo respecto del aspecto puramente técnico-dogmático, lo es también respecto de un hecho central que se deriva del documento base y de las observaciones hechas por el Ministerio Público, en comunicación del día 9 de agosto de 2006. En el punto 2 de dichas observaciones, se dice que el documento “no presenta alternativas para sus potenciales operadores. Así, por ejemplo, toma partido por la tesis clásica según la cual las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario sólo pueden ser cometidas por agentes estatales”.<sup>1</sup>

Pero, respetuosamente, para este consultor, del documento base no se deriva esta conclusión fatalmente: es cierto que a ello se alude en el documento, pero más como una de las escuelas o teorías que se han elaborado, pero no se cierra frente a ello. Además y en todo caso, en lo que respecta al consultor, es claro que aquellas conductas concebidas como crímenes internacionales, y que están previstas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que son violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, no son cometidas tan sólo por agentes estatales. Pero esta consideración, a propósito del documento base, se relaciona directamente con su falencia central que es el ámbito penal, tal como se aclarará a continuación.

Así, en el derecho penal y, más concretamente, en el contexto de la protección penal de derechos humanos cuya fuente hoy en día es el Estatuto de Roma y, en el derecho interno, las normas que se adecuan a sus dictados, la responsabilidad de los actores todos, estatales y no, es un hecho concreto, mientras que en el ámbito del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, por ejemplo, no lo es. En este caso, hay responsabilidad de los Estados, en el caso penal, hay responsabilidad individual. (Con ello hay coincidencia, por lo demás, con la circular No. 0012 del 7 de diciembre de 2006 del Fiscal General de la Nación en relación con los criterios de asignación de casos a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, tal como se establecerá en su momento. Ello, más allá desde luego de que sea necesario, al interior de la misma Unidad, depurar cada día más los criterios de asignación, que tienen una redacción general).

## **2. Sobre la necesidad de ahondar en aspectos fundamentales de la justicia penal**

El documento es un documento esencial, muy bien elaborado y muy serio. Su énfasis, empero, está más dado en función de la teoría del derecho, del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, las cuestiones de fondo, como por ejemplo, establecer cuándo se trata de una violación de derechos humanos y los criterios para establecerla, están ligadas a una reflexión, necesaria, en estos ámbitos jurídicos

---

<sup>1</sup> Escrito presentado por la Procuraduría General de la Nación, Procuradora Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, a la vicepresidencia de la República, Bogotá, agosto 9 de 2006, p. 1.

señalados. No obstante, no hay una reflexión comprensiva de cuestiones atinentes al derecho penal. Sin desconocer, desde luego, el esfuerzo por sintetizar y presentar en el contexto, decisiones de los jueces penales. La observación se hace más en relación por ejemplo, a aquello que hoy puede denominarse persecución penal de crímenes internacionales. Es decir, al trabajo de los operadores, más sistemático desde el año 2005, respecto de la aplicación de los tipos penales que corresponden hoy en el Código Penal a la protección penal de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Así, como apoyo a cuestiones fundamentales del Protocolo, se tendrán en cuenta diversas y fundamentales decisiones que ha tomado la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación. No sólo la sede en Bogotá, sino la Unidad de apoyo en Medellín, para citar un caso concreto.

Ello no está previsto en el documento, está apenas enunciado y aunque hay un esfuerzo de selección de decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo cual es muy loable, es necesario trabajar con mucho juicio en el terreno penal. De esto debe dar cuenta el Protocolo, tanto en la información faltante -una actividad necesaria- como en la elaboración del documento final. Es un faltante lógico de acuerdo con la estructura del documento y es un faltante esencial que debe ser completado. Como se dice, al mismo tiempo, se tendrán en cuenta los fallos de la justicia penal que, en el marco general de la solución de conflictos de competencia, han sido considerados en el documento guía. De hecho, en el Protocolo, en su estructura básica, se tienen en cuenta dichos fallos.

Es importante destacar, en este sentido, el aporte que hace el documento enviado por el jefe de la oficina de coordinación de la justicia penal militar de la armada nacional, en escrito enviado el 22 de mayo de 2007, con observaciones al documento guía reseñado. Es un documento muy bien elaborado, con mucha información y contiene básicamente una reconstrucción histórica de decisiones jurisprudenciales atinentes al tema, resaltando aspectos puntuales de definición legal y jurisprudencial de los límites de competencia entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria. Agrega, por la fecha de elaboración, mayo de 2007, información pertinente que por obvias razones, no había sido ubicada por el documento guía, hace consideraciones muy pertinentes a tratados y convenios internacionales, al bloque de constitucionalidad y a su aplicación en problemas de competencia que nos atañen.<sup>2</sup>

Al mismo tiempo, en oficio enviado también a la señora directora ejecutiva de la justicia penal militar, por parte del señor coordinador de la justicia penal militar -policía nacional- se establece, respecto de la guía, que “ella constituye una herramienta interpretativa adecuada tanto para operadores de justicia especial, como de justicia ordinaria”. Así, en su entendido, “en esta jurisdicción, se han venido limitando aún más los asuntos sometidos a su competencia, tal como tácitamente se reconoce en el informe al citar algunos asuntos en

---

<sup>2</sup> Fuerzas Militares de Colombia, Armada Nacional, Bogotá, 22 de septiembre, oficio enviado a la doctora Luz Marina Gil por parte del Jefe de la oficina de coordinación de la justicia penal militar, Armada Nacional.

donde los conflictos han sido promovidos negativamente desde esta jurisdicción”.<sup>3</sup> Y ello es cierto: al analizar providencias muy recientes del Tribunal Penal Militar, se nota un esfuerzo argumentativo muy concreto, para dar claridad a los problemas de competencia. Por ejemplo, en providencia con ponencia de la magistrada Imelda Triviño Lopera, del 23 de enero de 2008, en la cual se resolvió sobre la apelación que se presentaba al Tribunal en relación con sentencia de primera instancia respecto de delitos de privación ilegal de la libertad, lesiones personales y posible tortura adelantadas por la policía, respecto de un civil, el Tribunal decide que ello no le corresponde y ordena remitir el expediente a la justicia penal ordinaria.<sup>4</sup> Lo importante de esta providencia, además de la decisión en sí misma, es la fundamentación de la misma: el Tribunal Superior Militar hace acopio de toda la jurisprudencia relevante sobre la materia, de todas las Cortes, tanto de la Sala Penal, como de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, y con base en ello fundamenta la decisión; además, hay un esfuerzo conceptual por delimitar los conceptos básicos de nexo funcional, de actos del servicio, etc. Es una providencia que constituye un avance significativo y que coincide con un contexto general en el cual hoy en día se mueve la Justicia Penal Militar y que coincide con directivas y documentos muy importantes surgidos del Ministerio de Defensa y que serán reseñados más adelante.<sup>5</sup>

Además de lo dicho en relación con la jurisprudencia nacional el Tribunal, como se expresa en otra decisión también muy reciente, del 19 de febrero de 2008, hace acopio de instrumentos internacionales muy pertinentes, reseña una a una, pautas de interpretación y de aplicación de las normas internas, desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello, en función de la fundamentación de una decisión relacionada con el homicidio –no en combate, sino por fuera del mismo, en un contexto particular- de un civil, por parte de un militar. Aquí, en este caso, tal como es recalado en el presente Protocolo, en el módulo temático No. 3, sobre justicia penal militar, el Tribunal destaca el hecho de que cuando se presente duda en los hechos –escena del crimen-, dicha duda, necesariamente hace que el caso deba ser remitido a la justicia penal ordinaria. Dice así en efecto la providencia, respecto del posible cese de procedimiento en la justicia penal militar, “no debe existir la **más mínima duda respecto a la existencia del supuesto de hecho invocado**, de los contemplados en la preceptiva en alusión, esto es, que el hecho imputado no ha existido, que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o se obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad,

---

<sup>3</sup> Policía Nacional, inspección general. Coordinación justicia penal militar. Oficio dirigido a la doctora Luz Marina Gil, 8 de mayo de 2007, Bogotá, página única.

<sup>4</sup> Tribunal Superior Militar, sentencia con radicado No. 15464- 10295- XII- 502/ 005-23-01-08/ PONAL, de 23 de enero de 2008, MP. Imelda Triviño Lopera, p. 22.

<sup>5</sup> De igual manera, en cuanto a la fundamentación basada en los antecedente jurisprudenciales que son, además, base fundamental de este Protocolo y que se hayan analizados en los anexos del mismo, en otro caso en el cual se investigan posibles delitos como tortura a un inferior jerárquico dentro de las fuerzas armadas, el Tribunal Superior Militar, a partir de hechos dudosos, en los cuales podría estar presente una acción de tortura decide, como expresamente lo dice la providencia, enviar el expediente a la justicia penal ordinaria y, además, aclara con énfasis, que de una vez dejará “planteado el conflicto negativo de competencia”. Toda la fundamentación está basada en los antecedentes jurisprudenciales y el Tribunal Militar muestra un conocimiento profundo de los temas abordados por las sentencias. Tribunal Superior Militar, sentencia con radicado No. 154374- 10266- XII- 473/016-22-02-08/- EJC. MP. Imelda Triviño Lopera.

o que el proceso no puede iniciarse o no puede proseguirse, **pues si alguna oscuridad surge al respecto**, impide la terminación anticipada del proceso”.<sup>6</sup> (Negrillas originales)

### **3. Conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria**

Desde el punto de vista penal, se harán algunas consideraciones centrales que estarán en la base del Protocolo. En primer lugar, se adelantan consideraciones atinentes a los conflictos de competencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar y enseguida –tema de especial interés para el consultor- se adelantan reflexiones atinentes a los conflictos al interior de la propia justicia penal ordinaria. Es decir, los problemas de competencia, que llevan a situaciones de impunidad o de incorrecta aplicación de tipos penales, no sólo se presentan entre la justicia penal ordinaria y la militar, sino al interior de la misma justicia penal ordinaria. Éste es uno de los argumentos centrales del consultor y que constituye la base de la propuesta técnica presentada a la Vicepresidencia de la República.

El problema general de la competencia, es que ella tiene un cariz político insoslayable: en muchas ocasiones, lo cual es un hecho que aqueja de manera general al sistema de protección penal de derechos humanos, las decisiones no se toman en atención a postulados dogmáticos, sino que en ellas priman intereses o conflictos de interés eminentemente políticos. Quién juzga a quién y cómo, son decisiones aquejadas en muchos casos por el impacto insoslayable de la política. De allí por qué, esta es una de las razones por las cuales, pese a la claridad dogmática, por lo menos en el terreno constitucional, persisten los conflictos de competencia. Por esa razón, se hace necesario un acuerdo interinstitucional respecto de la elaboración e implementación de un instrumento técnico, de tal manera que las decisiones sobre la competencia, no estén aquejadas siempre por decisiones políticas o meramente coyunturales. El instrumento está colocado en las fronteras entre dogmática y política criminal y, por eso, se requiere un acuerdo fundamental con bases técnicas y en el país existe el material dogmático, legislativo y jurisprudencial para ello. Existen las condiciones para la elaboración del protocolo que se propone.

#### **3.1. Los desgastes del sistema de justicia penal generados por los conflictos de competencia**

Pero los problemas derivados de las disputas por la competencia, no sólo generan impunidad, lo cual es un hecho fundamental, sino que desgastan el sistema penal aún si existe la mayor voluntad de los operadores por llevar a cabo en términos consistentes la terminación de un proceso. Se cita por ejemplo el siguiente caso que ilustra este hecho central en el contexto de la protección penal de derechos humanos, al mismo tiempo que condiciona las posibilidades reales de dicha protección, que es el conflicto de competencias

---

<sup>6</sup> Por lo anterior, en dicha providencia se resolvió no cesar el procedimiento y que el caso fuese remitido de nuevo al despacho de origen, con el propósito de continuar el proceso y, por tanto, de practicar las pruebas pertinentes. Tribunal Superior Militar, sentencia con radicado No. 154701- 10298- XII- 505/014- 19-02-08/-EJC, del 19 de febrero de 2008, con ponencia de Imelda Triviño Lopera.

entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria. En una muy importante decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema, del 6 de marzo de 2003, se falló un caso por vía de casación penal, en el cual el principal problema estaba relacionado con los alcances del fuero militar.

En una población del departamento del Valle del Cauca, en octubre de 1993, un grupo de hombres armados ingresó a una casa de pobladores del lugar, cometiendo toda suerte de abusos. Posteriormente, un grupo de militares, se hizo presente en el lugar, adelantando una acción militar contundente contra el mismo inmueble señalado, ocasionando múltiples muertes civiles en dicha casa. La defensa alegó en su momento estar adelantando un operativo contra grupos insurgentes. Los funcionarios públicos fueron investigados por la justicia ordinaria, pero se generó conflicto de competencia y en decisión del año 1995, el caso fue adscrito a la justicia penal militar, ya que se consideró que su actuación se dio en el marco del servicio y en la órbita de sus funciones. En 1998 el Consejo verbal de guerra condenó con penas ínfimas a los servidores públicos, sentencia en la cual no se tuvieron en cuenta delitos de mayor gravedad, como es el caso de los homicidios múltiples.

En sede de casación penal, luego de ser presentada la demanda por la parte civil, la Corte planteó el problema jurídico central: “¿Puede anularse en sede de casación una actuación por falta de competencia del juez al que se la asignó la autoridad encargada de dirimir los conflictos sobre tal materia? La respuesta a ese interrogante es sí, en casos excepcionales”.<sup>7</sup> De esta manera, la Corte casó la sentencia, estimó los argumentos de la parte civil, declaró la nulidad de lo actuado desde el año 1997, fecha en la cual se declaró el cierre de investigación en la justicia penal militar, y ordenó la remisión del expediente a la justicia ordinaria, dando prelación a la investigación de los hechos de homicidio. Se resolvió, de esta forma, y en función del control de legalidad, el conflicto de competencia generado.<sup>8</sup>

Quiere decir ello, no obstante y para efectos prácticos, que después de casi una década, el caso tuvo que volver a investigarse y juzgarse. Es decir, se requieren muchos años para producir un fallo definitivo, mientras, desde luego, que el Estado colombiano es requerido por ello en instancias internacionales. Este hecho genera un desgaste innecesario en la justicia penal, ligado a los conflictos de competencia que, además de acuerdo con lo dicho, generan consecuencias a nivel internacional. Por ello son permanentes los llamados de atención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al Estado colombiano, respecto de este tema específico.

### **3.2. Dificultades dentro de la justicia penal ordinaria**

El caso que se ha citado es uno entre muchos otros. Éste fue resuelto por la Sala Penal, ya que en los jueces de instancia no se resolvió el conflicto. Al contrario, la justicia penal militar asumió el caso. Pero en la misma Sala Penal de la Corte tienen lugar todavía discusiones en torno a la aplicación de la justicia ordinaria en casos de violaciones de

<sup>7</sup> *Sala de casación penal*, Corte Suprema de Justicia, casación No. 17550, del 6 de marzo de 2003, p. 24.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 43.

derechos humanos o derecho internacional humanitario. Se citará otro ejemplo muy concreto y paradigmático de este hecho, con el cual se busca, además, introducir la segunda parte de este marco conceptual que supone, a su vez, la necesidad de introducir esta problemática en el Protocolo que se debe elaborar.

En el caso de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado número 23472 del 2005, en virtud del cual se dictó un auto resolviendo una colisión de competencia, se presentó la discusión acerca del tipo de conducta cometida. El caso, narrado por la Sala Penal, es el siguiente: “El 24 de noviembre del 2003, un contingente de soldados, al mando del teniente correspondiente y perteneciente al Batallón de Infantería del Ejército Nacional, inició un operativo tendiente a contrarrestar la acción de grupos denominados paramilitares”. Previamente, a las 8 de la mañana, varias personas, “salieron del municipio de Acacías con destino a San José del Guaviare, transportándose en un campero y una camioneta. Aproximadamente a las 10 de la mañana, los dos grupos se encontraron en el sector conocido como ‘El cruce de la calandria’, jurisdicción del municipio de San Martín (Meta). Los ocupantes de los vehículos se bajaron y se pusieron a disposición de la autoridad”. No obstante,

“[...] alrededor de las 12:30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de estos por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El teniente Fajardo Barco destruyó los documentos de identidad de las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran ‘paramilitares’ que los habían agredido, generándose un combate, y que en el cruce de disparos fallecieron”.<sup>9</sup>

Se presentó una colisión de competencia entre dos juzgados de la justicia penal ordinaria. Pero, más allá de ello, se presentó la disputa, al interior de la Sala Penal, sobre la posible competencia de la justicia penal militar para conocer del caso. Para entender este aspecto, hay que reseñar el caso y sus variables. En el escrito de acusación, del 23 de julio de 2004, en vigencia del nuevo Código Penal, los militares fueron acusados por el delito de homicidio agravado por indefensión de las víctimas, en concurso material con otros delitos. Lo interesante, en el caso, es que uno de los juzgados de instancia, promovió un conflicto de competencia, aduciendo que no se trataba de homicidios agravados, sino de *homicidios en personas protegidas*. Es decir, se planteó la discusión de fondo sobre la posible comisión de infracciones al DIH y no la mera comisión de delitos ordinarios.

La Sala Penal, a pesar de la discusión importante generada por los juzgados de instancia, consideró que las personas muertas no tenían calidad de personas protegidas. La Sala Penal cita numerosas normas de derecho humanitario, pero considera que “en el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos

---

<sup>9</sup> *Sala de casación penal*, Corte suprema de justicia, Auto No. 23472 de abril 13 de 2005, p. 2.

con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario”.<sup>10</sup>

Pero el problema que se suscita con este caso es más profundo aún: uno de los magistrados, con una posición reiterada en varios salvamentos de voto, considera incluso que no se trataba de una colisión de competencia al interior de la justicia ordinaria, sino que el caso correspondía a la justicia penal militar. Así, según el magistrado,

“la colegiatura ha debido abstenerse de pronunciarse al respecto dado que ninguno de los jueces en conflicto es competente para conocer del asunto, y en ese orden, lo que correspondía era devolver el proceso al juzgado de origen para que formalmente planteara la colisión de competencias con los jueces de la justicia penal militar [...] lo anterior, por cuanto los delitos [...] aquí juzgados, corresponden a un abuso y desvío de la función que la Carta asigna al Ejército Nacional, y por ende, tal como se entendió al comienzo de la investigación, estaban cobijados por el fuero militar”.<sup>11</sup>

Dos problemas se presentan en este caso: uno, relacionado con los conflictos de competencia tradicionales, por decirlo de esta manera, entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria y otro, fundamental además, el problema que se suscita dentro de la misma justicia ordinaria. Es decir, este caso no se asumió como un caso de violación del derecho internacional humanitario, sino como un caso de comisión de delitos comunes, aunque agravados. De este problema muy importante, de las dificultades para establecer, una vez se supera el escollo de la justicia penal militar, de qué delitos se trata efectivamente y frente a la órbita de los derechos humanos, debe dar cuenta el Protocolo que aquí se va a elaborar. Es elemental saber, además, que con el fin de resolver correctamente la disputa entre la justicia penal ordinaria y la militar, es necesario resolver con claridad cuándo se trata de una violación de derechos humanos y cuándo se trata de la comisión de delitos comunes.

Si, por ejemplo y en relación con los límites de la obediencia debida, tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 32 del Código Penal, se excluyen de plano delitos como el genocidio o la desaparición forzada, o la tortura y demás violaciones de derechos humanos, lo primero que es necesario tratar de resolver es cuándo tienen lugar efectivamente estas conductas. (Debe aclararse, eso sí, que la comunidad jurídica del país se encuentra apenas desarrollando criterios coherentes de interpretación y aplicación de estas conductas en el sistema penal. Se trata de una exigencia concreta que supone un gran desafío para las instituciones, en su función de generación de consenso alrededor del Protocolo).<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ibidem, p.9.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 11. Se da cuenta de esta posición, a pesar de ser minoritaria y de no hallarse hoy en ejercicio el magistrado que la prohió en varias ocasiones. En todo caso, es importante, porque se trata de un juez colegiado y es posible que en algún momento dicha posición se vuelva a sustentar.

<sup>12</sup> El consultor ha elaborado un trabajo en el cual se da cuenta en detalle del “estado del arte” en cuanto a la persecución penal de crímenes internacionales. En este informe, elaborado a partir de numerosas decisiones de todo el sistema judicial, se da cuenta de las dificultades para dicha persecución, de las limitaciones metodológicas y de formación en los operadores para la aplicación de los nuevos tipos penales, al mismo tiempo que se da cuenta de los importantes avances cualitativos que el sistema judicial adelanta, para aplicar correctamente y de manera consistentes con estándares internacionales, los nuevos tipos penales. El trabajo



Lo importante para rescatar a partir del caso es, y ello constata los retos interinstitucionales frente al Protocolo, que no existe claridad aún en los operadores acerca de cuándo se está ante una violación de derechos humanos con repercusiones penales o cuándo se está ante un crimen de guerra, o ante una infracción al derecho internacional humanitario. Tal como lo planteó el juzgado de instancia que propuso el conflicto de competencia, podría tratarse de homicidios en personas protegidas y no de homicidios agravados como lo dice la Corte. Es un problema de fondo respecto del cual es necesario hacer claridad y el Protocolo debe dar cuenta de dicho problema.

Con otros casos, escogidos en función de los alcances del Protocolo, se puede ahondar en este tema central. Debe agregarse, además, que el gran déficit de persecución penal de las conductas que nos atañen, no sólo tiene que ver con el hecho de que el sistema penal no asume el conocimiento de estos delitos, sino que cuando lo hace, aplica las normas de carácter tradicional, es decir, aplica tipos penales convencionales. Así, por ejemplo, en el caso reseñado, en el cual civiles fueron muertos por militares y las ejecuciones se hicieron pasar como muertes en combate, la justicia penal encontró que se trató de un homicidio agravado por indefensión de las víctimas. Esta forma de adecuación típica, que tradicionalmente se ha aplicado para casos en los cuales se trata por ejemplo de la muerte de una persona minusválida, o de una persona que no pueda valerse por sí misma, es aplicada, no obstante, a este tipo de delitos. Y ello es incorrecto.

Este problema se observa en otro caso escogido para el análisis. El día 30 de mayo de 2004, según reza un auto proferido por la Sala Penal de la Corte,

“cuatro sujetos irrumpieron en la finca Villa Luz ubicada en zona rural del municipio de Sabana de Torres, Santander, y tras requerir la presencia de Bárbara Gómez Guerrero, propietaria del predio, procedieron a dispararle causándole la muerte [...] De acuerdo con la denuncia que formuló Fernando Campos Gómez, el homicidio fue perpetrado por miembros de las ‘Autodefensas Unidas de Colombia’, quienes el día anterior habían requerido a la señora Bárbara para que alojara a dos miembros de esa organización armada ilegal en su vivienda, solicitud que ella rechazó. Igualmente hizo saber que conocía a uno de los cuatro hombres que dio muerte a su madre [...], persona ampliamente reconocida en la región como integrante del referido grupo”.<sup>13</sup>

El 29 de septiembre de 2005, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra los sindicados, por el delito de homicidio agravado por indefensión de la víctima. (Como se ve, la Fiscalía no se hace la pregunta por la noción de persona protegida en medio de un escenario de conflicto armado). El conflicto de competencia se presentó cuando el juez del

---

será publicado próximamente por la Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo y lleva por título: “Análisis crítico de la jurisprudencia nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”. Bogotá, marzo de 2007.

<sup>13</sup> Como dice la Sala, ella entra a decidir sobre “la colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, en virtud de la cual rehúsan conocer del juicio adelantado en contra del procesado Jhon Fredy Caicedo Rincón”. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia No. 25111 de febrero 28 de 2006, p. 1

circuito aseguró que los delitos cometidos correspondían en su juzgamiento a los juzgados especializados. Pero no se dio el debate sobre la noción de persona protegida. La Sala Penal, al dirimir la competencia, hace referencia al carácter de los actores, en este caso, de miembros de grupos paramilitares, asume el estudio de la noción de concierto para delinquir y, frente a él, el de sedición, todos problemas muy interesantes y complejos relacionados con la Ley 975 de 2005 que otorgó, antes de ser declarado ello inconstitucional por la Corte Constitucional, carácter de sediciosos a miembros de grupos de autodefensa. Es decir, la Ley de Justicia y Paz, en su versión inicial, los concibió en el horizonte del delito político.

La Sala, justo en razón de la tradición colombiana de excluir delitos atroces del marco del delito político, tal como se anotó al comienzo de este informe, hace referencia al homicidio en las condiciones en que se cometió, como un acto atroz desligado de la sedición. Pero, en toda la reflexión no aparece por ninguna parte lo que es absolutamente evidente: el carácter de persona protegida de la señora asesinada cobardemente. Se puede argumentar, en aras de la confusión y degradación del conflicto armado colombiano, que miembros de un grupo irregular pueden cometer delitos comunes -de hecho así sucede- como son los hurtos, etc. No obstante, cuando se trata de grupos organizados, con mandos, con jerarquías, que ejecutan actos planeados concienzudamente, que ejercen presencia territorial permanente, como es este el caso, ese asesinato es producido en desarrollo del conflicto armado, por combatientes -léase en este caso sediciosos- y sobre persona protegida.

La Sala Penal cruza en su argumentación todo el problema de fondo: el carácter de sedicioso de los sindicatos, la Ley de Justicia y Paz que les otorga ese carácter, la presencia territorial de los actores, el mando, la jerarquía, pero se olvida de lo más sustancial: el carácter de las víctimas sobre las cuales se actúa. La Sala presenta un retraso notorio en su adaptación a las nuevas exigencias que impone el derecho penal internacional, el uso sofisticado del bloque de constitucionalidad, el uso correcto y la interpretación consistente del derecho internacional humanitario. El conflicto de competencia se resuelve de manera habitual, con recursos argumentativos tradicionales en el juez penal, con aplicación de tipos penales convencionales, con argumentos procesales referidos a pequeños incisos y se pasa por alto la discusión de fondo atinente a la interpretación correcta de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales.

### **3.3. Agresiones sexuales en conflicto armado: invisibilidad de un hecho dramático**

El último caso reseñado conduce a otro hecho fundamental que hace parte del gran déficit de persecución de conductas concebidas como crímenes internacionales: se trata de las agresiones sexuales a las cuales son sometidas mujeres que son víctimas de las mismas en escenarios de conflicto armado. En el caso que se ha reseñado, si la mujer, desgraciadamente muerta, hubiese sido abusada sexualmente, con el criterio aplicado, la conducta hubiese sido concebida como una agresión sexual de carácter ordinaria a la cual se le agregaría la circunstancia de agravación por “indefensión del sujeto pasivo”. Pero no se trata de ello, se trata de una conducta contenida en el Código Penal como “acceso carnal violento en persona protegida” (art. 138) o, si es el caso, de “actos sexuales violentos en

persona protegida” (art. 139). Incluso es necesario tener muy en cuenta en estas circunstancias, el artículo 141 que se refiere a la “prostitución forzada o esclavitud sexual” en personas protegidas.

No se encuentran casos de estos en la jurisprudencia o en estado de investigación, a pesar, desde luego, que la población civil es la que sufre hoy en día con mayor rigor un conflicto armado degradado, difuso, despolitizado. Toda clase de crímenes de guerra, de infracciones al derecho humanitario se comenten contra la población civil y, desde luego, las agresiones sexuales también se repiten, pero ellas no llegan al sistema: las mujeres agredidas son invisibles. Las organizaciones de víctimas, diversas ONGs, en toda clase de escenarios han denunciado estas acciones y, no obstante, el sistema judicial no las absorbe. Tratándose de delitos sexuales, que de hecho en sociedades machistas carecen de persecución efectiva, en casos de conflicto armado y por las razones expuestas, el déficit es todavía más pronunciado. Una cosa es clara: si, luego de combates entre el ejército y actores irregulares protagonistas del conflicto, o entre éstos incluso, unos días después -ello no es relevante si se determinan cuestiones fácticas y normativas ligadas a la aplicación del DIH en el contexto interno- mujeres son agredidas sexualmente y estas agresiones tienen que ver con su posición dentro del conflicto, se trata de una infracción al derecho internacional humanitario, prevista hoy en el Código Penal.<sup>14</sup> (Como en todas las demás conductas, se deben excluir, desde luego, las acciones que estén ligadas a lógicas diferentes: venganzas personales, riñas, hurtos que no tienen que ver con el conflicto armado, etc. En este caso, se aplican las normas de Código que son convencionales).

Un hecho debe agregarse a las consideraciones adelantadas y él tiene un significado político fundamental: la asimilación a persona indefensa, tanto más si se ha aplicado a personas minusválidas o enfermas, de una persona protegida, ejerce un impacto sobre el carácter de la misma: una persona protegida no es aquella que merezca una consideración especial porque sea enferma o minusválida, no es aquella que merece o exige una especie de conmiseración o de solidaridad especial, sino que ante ella opera un estatus de persona protegida en escenarios de guerra; recibe una consideración política y jurídica especial por hallarse, sin ser responsable, en medio de situaciones bélicas, respecto de las cuales es tercero, es neutral, no hace parte de su dinámica.

De allí que el reconocimiento de persona protegida por parte de la administración de justicia, es un reconocimiento de una condición jurídica y política especial, y no es expresión de un sentimiento particular de conmiseración. De todas maneras, es importante anotar que actualmente y muy especialmente desde el año 2006, el sistema judicial, tanto la

---

<sup>14</sup> En este sentido y en general respecto de la necesidad de asumir una perspectiva de género en función de la protección de los derechos humanos y de lucha contra la impunidad, son muy importantes y valiosos, aquellos documentos como el denominado “La perspectiva de género en el contexto de la política de lucha contra la impunidad por violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”, escrito por Julissa Mantilla y que se liga a la aprobación de una política de lucha contra la impunidad, en noviembre de 2005, por parte del “Comité Especial de Impulso y Seguimiento a las violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”. En relación específica con crímenes de guerra, léase las páginas 5 y siguientes del documento.

Fiscalía General de la Nación como los jueces en su mayor acepción, cada día asumen con mayor claridad las exigencias de imputación de las conductas, en el caso de infracciones al derecho internacional humanitario y, con ello, la imputación de otros crímenes internacionales. (En su momento se hará referencia a dos casos fallados muy recientemente sobre homicidios en personas protegidas. En seguida, se dará cuenta de una decisión de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, considerada por el consultor como un caso paradigmático respecto del tema que nos ocupa).

#### **4. Una providencia de la Fiscalía de 2004: un hito en la interpretación nacional del derecho penal internacional**

Es importante, en este punto, dar cuenta de manera detallada de una decisión de la Fiscalía del año 2004, puesto que el consultor considera que se trata de una pieza muy interesante que representa, por decirlo así, un punto de quiebre en la interpretación de los operadores de las normas que nos ocupan. El tipo de argumentación desarrollada, los problemas que aborda, el manejo técnico y dogmático de aspectos claves de interpretación de las normas que aquí se han detallado, hacen de esta decisión un hito fundamental. No está exenta, desde luego, de críticas, pero ello hace parte desde luego del ejercicio de crecimiento como comunidad jurídica que se está dando en el país frente a los nuevos delitos.

Debe aclararse, además, que en desarrollo de diversas entrevistas que el consultor ha adelantado con fiscales de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, éstos reconocieron que esta decisión es considerada por la misma Fiscalía como una pieza clave y un punto de avance fundamental en la interpretación y aplicación de normas que nos competen. Es de esperar, finalmente, que haya sintonía entre las diversas instituciones, que la misma Fiscalía siga adelante con este proceso abierto y que los operadores asuman, en todo caso, las nuevas discusiones aquí planteadas, así se alejen de algunas de sus hipótesis.

La providencia es del 4 de marzo de 2004. En ella se asume el estudio de múltiples hechos ocurridos en un territorio sobre el cual han actuado miembros de un grupo armado ilegal, durante mucho tiempo. Es en el departamento de Arauca, lugar de disputa por dominios territoriales entre grupos armados ilegales. Entre los meses de abril y diciembre de 2005, a varios sujetos se les dictó medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, por los delitos de concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, utilización ilícita de equipos de comunicación, desaparición forzada, secuestro, homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, hurto calificado y daño en bien ajeno. Como se ve, son hechos característicos o que son concomitantes a acciones que un grupo ilegal y de manera constante, desarrolla sobre un territorio y sobre un grupo de personas, terceros civiles en el conflicto.

En los hechos, múltiples violaciones de derechos humanos y de comisión también de delitos comunes, estuvieron involucrados miembros de grupos paramilitares o denominados de autodefensa. El primer hecho central que es importante destacar y que tiene repercusiones profundas, es que la Fiscalía concibe de entrada y es el fundamento de toda la

decisión, a los miembros de estos grupos irregulares, como *combatientes*. Es decir, los considera como actores armados ligados a un escenario de guerra, de conflicto, y no como meros delincuentes comunes. En la historia de Colombia, el carácter de combatiente se le había otorgado en principio sólo a miembros de grupos guerrilleros; sólo respecto de ellos se había aplicado la noción de delito y de delincuente político. No obstante, ya con la expedición de la Ley de Justicia y Paz y, sobre todo, con el intento fallido del proyecto de alternatividad penal de 2003, el ejecutivo, al partir del hecho fáctico del conflicto armado, asimilaba a los destinatarios de la Ley, a actores de dicho conflicto, es decir, a combatientes, ello desde luego, aparte de la posible comisión de conductas de carácter ordinario.

De hecho, el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, les concedió estatus de actores del conflicto armado, político y social, al asimilarlos a sediciosos, mas no a rebeldes, ya que su acción no se dirige a la sustitución de un régimen constitucional o legal, sino a la interferencia transitoria del libre funcionamiento del régimen constitucional vigente. El artículo asimilaba la dinámica de las autodefensas a la sedición, a través de una modificación del artículo 468 del Código Penal. (El artículo 71 fue declarado inconstitucional por vicios de forma, es decir, la Corte Constitucional no entró a resolver la cuestión de fondo acerca del carácter mismo de los actores sujetos de la Ley y hoy sabemos que se trata de un tema que no es pacífico en el contexto del proceso de paz que se adelanta actualmente).

Como se dice, la Fiscalía asimila los miembros de las autodefensas involucrados en los hechos cometidos, a combatientes. Es el centro de la argumentación. Pero la Fiscalía lo hace, como es lógico en el escenario de crímenes internacionales, no para proteger a los actores con este reconocimiento, sino para colocarlos en un plano especial de exigencia frente a las personas protegidas. La ecuación es, entonces, la siguiente: combatientes de un lado y personas protegidas del otro.<sup>15</sup> Todo ello, desde luego, en el contexto del conflicto armado interno. De esta forma, el segundo punto de partida de la decisión, es la existencia de la guerra, del conflicto interno.<sup>16</sup> En relación con ello, la Fiscalía, en un ejercicio muy estricto desde el punto de vista argumentativo y metodológico, absuelve una a una las exigencias que, a nivel internacional, surgen para establecer la existencia del conflicto armado. Con ello se evita, además, caer en las trampas de las decisiones internas, políticas y no jurídicas, particularmente del ejecutivo respecto de la existencia o no del conflicto.

El centro de la argumentación de la Fiscalía gira entonces, en la comprobación de las exigencias del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra, de tal manera que, como lo cita la decisión, “en el territorio de la Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable,

---

<sup>15</sup> Dice así el ente investigador: “se concluye que precisamente porque la población civil es una de las principales víctimas de la confrontación armada es que las normas humanitarias ordenan su protección”. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso No. 1668, marzo 4 de 2004, consideraciones, p. 23.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 22 y ss.

ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.<sup>17</sup> Para el ente acusador entonces y en esta perspectiva,

“es claro que los delitos cometidos por los sindicatos no obedecen a meros actos aislados, sino que obedece a la política propia de las AUC, de cometer crímenes en varias zonas de Colombia, que por su magnitud y naturaleza salvaje, se constituyen en base fundamental de su acción militar, pues sirven como mecanismo idóneo para sentar su influencia en vastas regiones del país, ejercer control sobre amplias zonas territoriales y limitar acciones de sus enemigos, entendiéndose como tales el Estado, grupos guerrilleros u otros grupos de autodefensa con los que no comparte la misma filosofía”.<sup>18</sup>

Una vez la Fiscalía establece la condición de combatientes de los sindicatos y sus exigencias, adelanta un ejercicio muy interesante de interpretación y de argumentación: como la noción de combatiente no está definida en el Código Penal directamente, sino que las normas del Título II, sobre infracciones al derecho internacional humanitario, hacen relación a las personas protegidas y al conflicto armado, el fiscal, por vía del bloque de constitucionalidad, se dirige a los tratados internacionales y allí busca la noción de combatiente, al mismo tiempo que destaca las exigencias y condiciones para la existencia del conflicto armado. De esta forma, los supuestos de toda la decisión,

“aluden primordialmente al tratamiento de combatientes que se les dará a los sindicatos en la resolución, dada la manera como se perpetraron los hechos y las características del grupo de autodefensas al que pertenecen, acudiendo con ello al principio de integración, artículo 2 del Código Penal, que nos remite expresamente a las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentre consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia...”.<sup>19</sup>

#### **4.1. Confluencia entre delitos de lesa humanidad e infracciones al derecho internacional humanitario**

Una vez el fiscal de la causa encuentra probado un elemento fundamental para establecer que se trata de violaciones al DIH, que es la ocurrencia permanente y persistente de delitos sobre un territorio y la conexión estructural entre las conductas, este hecho le sirve de manera fundamental para enfrentar una situación que es recurrente: la mezcla de toda clase

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 24. De esta forma, la Fiscalía resuelve un problema que, por ejemplo, en decisiones de la Sala Penal aún está presente: la reducción del conflicto al combate y la reducción misma de esta noción. Así, acciones concertadas, permanentes sobre un territorio y no dispersas, ejecutadas como políticas de acción y sobre civiles, son concebidas en el escenario del conflicto armado sin que ellas, desde luego, se presenten en la *actualidad* de los combates o de acciones armadas. Es un paso adelante en la interpretación interna de acciones constitutivas de crímenes internacionales.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>19</sup> Ibidem, pp. 22-23. Es de anotar y por esa razón se ha dedicado un aparte específico a ello, que en la decisión de la Fiscalía está presente la tradición de Colombia. En efecto, el fiscal, al mismo tiempo que desarrolla su argumento que se ha comentado, reseña expresamente la comisión de delitos atroces –concepto muy arraigado en la historia del derecho público en Colombia–, y lo hace, esta vez, para apoyar argumentos con base en los cuales se aplican los tipos penales actuales sobre crímenes internacionales: la tradición colombiana se funde así con las nuevas exigencias argumentativas propias del Código Penal vigente.

de delitos, unos concebidos como violaciones de derechos humanos y DIH y otros, meros delitos comunes. La siguiente pregunta que se hace el fiscal, en este contexto, es si en el ámbito general de un conflicto armado interno, en el cual se producen infracciones al DIH, se pueden producir simultáneamente delitos de lesa humanidad. La conclusión es sí y el argumento es el siguiente:

“De esta forma, se enmarca el fallo dentro normatividad en materia de derecho internacional humanitario y bajo este marco, se interpretarán las normas de derechos humanos sobre delitos de lesa humanidad, como es el de desaparición forzada, que pese a tener fundamentos totalmente diferentes, puede cometerse dentro de un conflicto armado interno”.<sup>20</sup>

Así, la Fiscalía, sin perder de vista el contexto del conflicto armado interno y del derecho internacional humanitario, abre el ámbito de argumentación, de tal manera que puede incorporar en un concurso, conductas relacionadas con el DIH, con delitos de lesa humanidad y con delitos comunes. El Código Penal es uno solo, no hay un código penal especial para crímenes internacionales, pero en el ejercicio argumentativo, se pone orden a la interpretación sobre el carácter de las conductas. En ello también se percibe un avance: no es el terrorismo o una visión etérea del crimen organizado, aquello que absorbe, sin matices, todas las conductas.

Una y otra vez el fiscal cita el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, particularmente en lo que atañe a elementos propios de los crímenes de lesa humanidad. Mientras en la primera parte de la decisión, el fiscal se refiere o reseña sobre todo los Convenios de Ginebra de 1947 y el Protocolo II adicional al mismo de 1977, para el delito de desaparición forzada se refiere al Estatuto de Roma.

Respecto de la desaparición forzada, el fiscal inquiriere sobre una característica estructural de la misma: ¿Qué pasa cuando se produce la muerte de la persona que ha sido desaparecida? Los hechos aclaran este punto: la mayoría de las personas que fueron desaparecidas, fueron luego muertas por los sujetos activos de las conductas. De esta forma, para el fiscal es claro que en este caso existe un concurso material heterogéneo entre desaparición forzada -como delito de lesa humanidad- y homicidio en persona protegida -un crimen de guerra desde el punto de vista del derecho penal internacional-. Para la Fiscalía es claro, por lo tanto, que la muerte producida como producto de la desaparición, constituye un agravante de la conducta, mientras que la muerte intencional constituye delito independiente. Además, y esto es muy interesante desde el punto de vista de los concursos, en uno de los casos la persona fue desaparecida, luego cruelmente torturada -como todas las víctimas-, no resistió las torturas y murió a causa de ellas. En este caso, para el fiscal, se trató de un concurso material entre desaparición forzada, tortura en persona protegida y homicidio en persona protegida.<sup>21</sup>

Finalmente, en relación con la autoría, la Fiscalía encuentra responsables a los sindicatos como coautores de los delitos. Encuentra que no se trata de establecer previamente todos

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 37.

los actos que se van a ejecutar, sino que, dentro de un plan inicial muy establecido, van surgiendo diversas conductas que atentan contra los bienes jurídicos, “a medida que así lo requieran los fines del grupo”. Así, “lo anterior es la base para que no se pueda argüir que no había intención de los miembros distintos del comandante del grupo a cometer ilícitos, porque desde el principio el riesgo creado por todos fue cuantitativamente suficiente para afectarlos”. Por eso, “la actividad delictiva de una organización criminal jerárquicamente organizada, cobija a cada uno de los miembros, ya que cada uno de ellos tiene un dominio funcional frente a los mismos pero también una relación de pertenencias sobre ellos”.<sup>22</sup>

#### **4.2. Diferencia clara entre secuestro y desaparición forzada**

Es importante aclarar, aunque se trata de temas que trascienden, por decirlo así, los alcances del Protocolo, aunque permanecen como sustrato del mismo, que en la decisión se adelanta o se ahonda en un tema que ha costado mucho al interior de la Fiscalía: se trata de las dificultades que de manera tradicional han tenido lugar cuando los operadores entran a diferenciar entre secuestro y desaparición forzada. En uno de los hechos ocurridos del caso que se estudia, el fiscal encuentra que se ha dado un secuestro: una muchacha, familiar de una de las víctimas de los grupos de autodefensas que operaron sobre ese territorio, fue raptada, fue llevada en un vehículo y fue detenida en el mismo durante todo un día, pero al final -suerte que no corrieron muchas de las víctimas- fue puesta en libertad. Para el fiscal de la causa, en este caso no se trató de una desaparición forzada, sino de un secuestro: el fiscal parece deducir, además, que se trató de una acción contra la libertad, con el fin de obtener información sobre acciones de las víctimas. Y ello es secuestro, de acuerdo con la normatividad vigente. De esta manera, la Fiscalía avanza en esta distinción y puede decirse hoy, luego de esta providencia y de otras que la siguen, que ya hay claridad y consistencia en esta diferencia. Así lo advierten los mismos fiscales en entrevistas que han otorgado al consultor.

#### **5. Criterios elaborados por la Fiscalía General para establecer cuándo se trata de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario**

Como se ve, hay avances significativos en el sistema judicial para establecer criterios de interpretación de las conductas que configuran la persecución penal de crímenes internacionales.

A propósito de criterios elaborados por las instituciones, el consultor comparte aquellos “criterios de asignación para que un caso sea de conocimiento de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, establecidos por el Fiscal General de la Nación en la circular No. 0012 del 7 de diciembre de 2006. Se comparte ello, por el hecho de que se reconoce que uno de los temas más difíciles, para una Unidad como éstas, es establecer dichos criterios; éstos no surgen, necesariamente y lo ha comprobado el consultor a través de numerosas reuniones con fiscales de la Unidad, de arriba hacia abajo,

---

<sup>22</sup> Ibidem, pp. 38-39.



para utilizar esta imagen, sino de abajo hacia arriba: se han ido creando a medida en que los casos se han ido produciendo y a medida en que la misma Unidad ha generado su propia dinámica de trabajo, más allá de las coyunturas concretas. (En el caso de la distinción entre secuestro y desaparición forzada, ello es claro: se fueron depurando los criterios a partir de los casos que llegaban a la Unidad) Al mismo tiempo, no obstante, la Unidad ha hecho acopio hoy de conceptos y normas absolutamente relevantes en el derecho internacional y en el derecho interno.

La Unidad, en esta circular, divide violaciones a los derechos humanos de las infracciones al derecho internacional humanitario. Desde el punto de vista metodológico y pedagógico es acertado, incluso a pesar de utilizarse, desde el punto de vista del derecho penal internacional, una denominación común, que es la de crímenes internacionales. Ello no obsta para que, como de hecho lo ha adelantado la Fiscalía en providencias como la recién citada, en un caso se impute un concurso material heterogéneo entre delitos denominados de lesa humanidad –más ligados a violaciones de derechos humanos- e infracciones al derecho internacional humanitario, concebidos a nivel internacional como crímenes de guerra.

Hay un hecho interesante en la circular y es la separación, página 4, que se hace entre el concierto para delinquir y la rebelión –léase también sedición- y las violaciones a derechos humanos, salvo cuando se trate de conciertos, de conductas que son conexas. Pero distinguir ello es importante y el consultor agrega, además, casos de terrorismo que no son necesariamente casos de violación a derechos humanos o de acciones terroristas acaecidas en el contexto del conflicto armado interno: el artículo 144 del Código Penal hace referencia a estas acciones terroristas como crimen de guerra. (En el Protocolo se tendrán en cuenta algunos de estos criterios de acuerdo con la estructura del mismo) Todo ello hace parte del componente en derecho penal necesario dentro del Protocolo.

## **6. De lo normativo a lo fáctico: la escena del crimen como centro del problema relacionado con la competencia**

Especial consideración merece un problema claramente previsto por la señora coordinadora del Programa de Lucha contra la Impunidad, doctora Sandra Miranda, detectado por el consultor y reseñado en las observaciones adelantadas por el escrito citado de la Procuraduría, y es el atinente a la escena del crimen, a su alteración posible, cuestión que incide directa y francamente sobre la competencia para el conocimiento de los delitos y sobre los márgenes de impunidad existentes en la persecución penal de crímenes tan graves.

En diversos contextos, el consultor ha podido constatar que diversas muertes contra miembros de la población civil, son transformadas, en la escena de los hechos, en muertes producidas en combate, como actos de alguna forma ligados al servicio. Estos son los casos que ya se han reseñado y son casos bases para la elaboración del Protocolo. Este hecho, que no es normativo, sino fáctico, incide de manera fundamental en la realidad cotidiana en la cual tiene que operar un instrumento, como el Protocolo, que es eminentemente normativo. Hoy se repiten numerosas denuncias, incluso públicas, sobre el surgimiento de muertes

aparentemente efectuadas en combate, pero que son en realidad muertes de civiles inocentes. Es un hecho fundamental sobre el cual es necesario actuar inmediatamente: la norma cede aquí ante la realidad. Es el clásico problema de la criminología: la *selectividad* del derecho penal, es decir, en el primer contacto con aquello que es definido como delito, que tradicionalmente corresponde a la policía y que, en el contexto del Protocolo, debe hablarse de las fuerzas armadas, es un fenómeno tanto más complejo, tratándose de situaciones de extrema conflictividad como la nuestra. Son necesarios todos los esfuerzos institucionales para controlar las posibilidades fácticas que puedan tener algunos miembros de las fuerzas armadas, de transformar el escenario de los hechos, la escena del crimen, ya que ello desarticula todo esfuerzo normativo y toda directriz institucional sobre el tema que nos compete.

### **7. El proyecto de Ley sobre el nuevo Código Penal Militar y la policía judicial especial prevista en él**

En este sentido, es muy importante analizar los alcances reales que en la práctica pueden tener algunas normas que hacen parte hoy del proyecto de nuevo Código Penal Militar. En efecto, en las consideraciones del proyecto de Ley, se dice, respecto de la “estructura del sistema a adoptar”, que

“en este sentido deben distinguirse dos eventos en la actuación que de por sí no constituyen etapas como sucede en los esquemas mixtos: una preliminar, denominada investigación y una que corresponde al juicio oral que se inicia con la acusación. En este sentido, el momento que determina el comienzo del ejercicio de la acción penal se encuentra ceñido a la presentación de la acusación ante el juez de la causa, estado en el cual se entabla la relación jurídico procesal entre los principales intervinientes como son: el juez penal militar, el fiscal penal militar que investiga y acusa, y la defensa”.

Se crea, así, la fiscalía penal militar. A ella se le agrega, para efectos de la investigación, “un grupo de apoyo a la investigación que ejercerá funciones de policía judicial única y exclusivamente al interior de la justicia penal militar”. Es decir, existe un grupo de apoyo de carácter investigativo, con funciones de policía judicial que trabajará al lado de la Fiscalía Penal Militar. En los mismos considerandos se dice, no obstante, que “existe un control tendiente a evitar precisamente el exceso de la fiscalía penal militar y del grupo de apoyo”.

El propio proyecto introduce la necesidad del control y, además, establece muy claramente que se trata de actividades de policía judicial solamente comprendidas en el contexto de actuación de la justicia penal militar. Es decir, sólo en el ámbito residual que compete a dicha justicia penal militar. Agrega, en otro apartado el proyecto –el de las consideraciones– y ya en relación específica con el denominado “grupo de apoyo a la investigación penal militar”, lo siguiente:

“...además de contar el nuevo sistema con el Fiscal General Penal Militar, quien tiene la dirección del Grupo de Apoyo a la investigación, cuenta con este ente que cumple funciones de policía judicial al interior de la misma justicia penal militar, papel fundamental en la investigación, razón por la cual

se requiere de su creación y fortalecimiento para el buen éxito de la investigación y de los procesos, sin que ello implique que se le asignan funciones de policía judicial a las fuerzas militares”.

Así, es claro el proyecto de Ley, en concordancia con normas existentes, en el sentido en que en ningún caso se trata de otorgar funciones de policía judicial a las fuerzas armadas. Esta posibilidad ha sido declarada inconstitucional en varias ocasiones, cuando se ha intentado activarla por vía del estado de excepción o, incluso, por vía de la reforma directa de la Carta Política. Hoy existe consenso general institucional frente a ello y por eso el proyecto de Ley es claro en esta advertencia. Así, se debe entender que respecto del tema, existe cosa juzgada constitucional, tanto más si se trata de una Ley de carácter permanente y no de una disposición excepcional, como es el caso del Código Penal Militar. No existen entonces, desde el punto de vista normativo, dudas al respecto: los límites son claros para la actuación, tanto de la fiscalía penal militar, como y sobre todo, del grupo de apoyo técnico.

#### **8. Facticidad y validez: los límites de lo normativo en escenarios de extrema conflictividad**

No obstante, el problema no es normativo, es fáctico. Es decir y tal como se estableció, el problema o las dificultades para el control que el mismo proyecto establece, pueden surgir cuando se trata de la escena del crimen, cuando se trata del contacto que tienen los nuevos cuerpos de justicia penal militar con las pruebas, de su capacidad de reconstrucción directa de la prueba y del escenario de los hechos. Cuando se hace relación al hecho de que el fondo del asunto que se discute no es normativo, sino fáctico, se tiene en cuenta el hecho de que existe plena claridad, tal como se desprende de documentos enviados a la Vicepresidencia por el tribunal superior militar, como por la oficina jurídica de la Armada Nacional, de los límites del fuero penal militar, de las condiciones y requisitos para que opere la justicia penal ordinaria y no la justicia penal militar. Pero, como se dice, es en el terreno de los hechos concretos, donde debe operar esta claridad y donde deben operar estos límites.<sup>23</sup>

Esta no es desde luego apenas una preocupación expresada directamente por la Vicepresidencia y el programa de lucha contra la impunidad, sino que es compartida por las demás instituciones. Por ejemplo y con toda claridad, la Fiscalía General de la Nación, en escrito presentado a la Vicepresidencia a propósito del documento guía, en el punto 4 de sus consideraciones dice lo siguiente: “No hace referencia el documento a la importancia de que cuando la justicia penal militar acusa a la escena del delito, se rijan por las técnicas que garantizan la autenticidad de la evidencia, a efectos de que ésta sea efectiva y de utilidad en el juicio, sea que el caso se tramite ante la jurisdicción ordinaria o ante la penal militar. El adecuado manejo de la prueba evita la impunidad, las dos jurisdicciones deben manejar los

---

<sup>23</sup> Véase, además del documento previamente reseñado, escrito por la oficina jurídica de la Armada Nacional, el documento elaborado por el Tribunal Superior Militar, con fecha de mayo 8 de 2007, dirigido a la doctora Luz Marina Gil. En éste se hace relación a la claridad de las normas y de la jurisprudencia sobre los alcances del fuero penal militar.

mismos conceptos y técnicas en el manejo de la evidencia y la prueba”.<sup>24</sup> El escrito agrega, además, una consideración fundamental sobre la escena del crimen y sobre las consecuencias de un trabajo técnico coherente en ella:

“6. En aras de esclarecer la jurisdicción competente para conocer de unos hechos determinados, es relevante también que la fuerza pública dé un manejo adecuado a los casos de NN, desaparecidos y exhumaciones. En los casos en que las personas sean dadas de baja en combate, es precisa la participación de la policía judicial para la identificación. Así mismo, las exhumaciones deben ser realizadas por equipos técnicos y en caso de realizarse en fosas comunes, deben ser reportadas a la Fiscalía General de la Nación, para determinar en el lugar en el cual fueron halladas y facilitar los cotejos para realizar las pruebas de ADN”.<sup>25</sup>

Tal como se ha dicho, existen numerosos casos, incluso comentados por los fiscales, en los cuales una persona es asesinada por miembros del ejército, por ser supuestamente miembro de la guerrilla, cuando en realidad se trataba de persona civil ajena al conflicto. Para citar un caso más reciente, fallado en Medellín el 18 de septiembre de 2007 y tal como fue anunciado por los medios: “Pruebas testimoniales y técnicas presentadas por la Fiscalía, permitieron al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, condenar anticipadamente a un suboficial y cuatro soldados activos para la época de los hechos, de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, por el homicidio de un campesino en el oriente antioqueño”. Agrega el comunicado:

“Se trata del cabo segundo, Dairo Francisco Mendoza Torres, quien fue condenado a 20 años de prisión por el delito de homicidio en persona protegida, y los soldados Jhon Jairo Cuervo Rodríguez Y Jhonatan Ortiz Suaza, sentenciados a 16 años y ocho meses de prisión. Por el mismo delito ya había sido condenado a 12 años de prisión, el soldado Diego León Botero Murillo”.

Todos los procesados se acogieron a sentencia anticipada para obtener rebajas de pena.

“Los hechos investigados ocurrieron el 10 de abril del año 2004, en la vereda la Hondita del municipio de El Peñol (Antioquia), cuando la patrulla militar reportó como muerto en combate a José Valencia Morales, presunto guerrillero del ELN. Junto al cadáver fueron halladas una escopeta y dos granadas de fragmentación. Los familiares de la víctima aseguraron a los investigadores que el labriego, quien sufría leve retardo mental, desapareció el día anterior cuando salió de misa”. “Uno de los militares confesó a la Fiscalía que varios uniformados recolectaron dinero para comprar la escopeta, simular un positivo y obtener cuatro días de licencia”.

Puede entenderse que sin la confesión de uno de los soldados, la reconstrucción de los hechos, la investigación y el juzgamiento, tendrían enormes dificultades. Lo más complejo aquí es el manejo de la escena del crimen. Como se dice, no se trata de una situación de carácter normativo, como no lo es tampoco en este otro caso muy recientemente anunciado en los medios el 1 de octubre de 2007:

---

<sup>24</sup> Despacho del vicefiscal general de la Nación, oficio dirigido a la Vicepresidencia de la República, Bogotá, 9 de agosto de 2006, p. 2.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 3.

“La Fiscalía General acusó a siete militares, un oficial, un suboficial y cinco soldados profesionales, como presuntos coautores del delito de homicidio en persona protegida. De acuerdo con lo establecido, el 8 de mayo de 2004 en la vereda Sirguaza, situada entre los municipios de Labranza Grande y Mengua (Boyacá), miembros del pelotón especial Apocalipsis del Batallón Tarqui, con sede en Sogamoso, sostuvieron, presuntamente, choque armado con insurgentes de las FARC. En ese hecho murieron cuatro labriegos y tres guerrilleros, quienes bajo amenazas estaban escondidos en la casa de los campesinos”.

Las normas aquí retroceden ante las realidades fácticas. Por esa razón, el Protocolo que se elabore, en desarrollo de un esfuerzo interinstitucional, debe ser concebido y promovido institucionalmente de tal forma que, más allá de las normas, asegure el pleno compromiso de las instituciones, muy particularmente, en este caso, de la justicia penal militar y de las instituciones militares en general, respecto de los controles necesarios para que no se altere la escena de los hechos, para que las fronteras muy claras entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria no se transgredan en el escenario de los hechos; para que se cumplan las normas, para que desde lo fáctico, en escenarios de conflicto, no se nieguen las normas jurídicas. En este sentido y de manera general, respecto de las posibilidades concretas para que un Protocolo como el que se propone, pueda operar en la práctica cotidiana, es fundamental la directiva emitida por el Ministerio de Defensa el día 6 de junio de 2007, relacionada con la “reiteración de obligaciones para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y evitar homicidios en persona protegida”.

En efecto, la directiva No. 10 de 2007, es un documento muy importante impartido por el Ministerio de Defensa, que no sólo se debe agotar, por supuesto, en evitar homicidios en personas protegidas, sino en general infracciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos. Se destaca que la directiva recalca los principios de la actuación de las autoridades militares, no sólo aquellos que son tradicionales, como el principio de legalidad, sino aquellos que se derivan de interpretaciones más sofisticadas del derecho, como bien lo señala la directiva: “Los principios de legalidad, distinción, necesidad y proporcionalidad, deben orientar todas las actuaciones militares”.<sup>26</sup>

La directiva reconoce la dificultad concreta de distinguir, en un accionar bélico, los combatientes de la población civil; por esa razón, establece una serie de criterios que considera “imprescindibles” para adelantar tal distinción. Es decir, al contrario de ampararse en la dificultad fáctica, la directiva pretende extremar los fundamentos para distinguir cuándo se trata de personas protegidas. (No sólo relacionadas con la población civil, sino y como lo dice el criterio quinto de la directiva para la distinción, también se refiere a la necesidad de no producir “bajas (...) fuera de combate o cuando el uso de la fuerza no es consecuente con los criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad...”).<sup>27</sup> La directiva reconoce las dificultades que surgen para los cuerpos armados cuando ellos deben combatir en escenarios degradados y en los cuales en muchas ocasiones los enemigos no respetan los mínimos humanitarios, pero insiste en la necesidad de hacer todos los esfuerzos por preservar dichos mínimos. Cabe destacar, además, que según la directiva,

<sup>26</sup> República de Colombia, Ministerio de Defensa, directiva permanente No. 10 del 6 de junio de 2007, p. 2.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 3.

se crea, por un período de 12 meses, un “Comité de seguimiento a denuncias sobre casos de presuntos homicidios en persona protegida”. Finalmente, el documento, incorpora 9 puntos que contienen las “instrucciones para la prevención de homicidios en persona protegida”.<sup>28</sup>

Esta directiva, ha sido a su vez reforzada en sus contenidos y consideraciones, por la directiva No. 19 del 2 de noviembre de 2007, con el objetivo de “impartir instrucciones adicionales para garantizar el efectivo cumplimiento de la directiva 10 de 2007 y prevenir homicidios en persona protegida”. (De hecho, esta última directiva constituye una especie de Protocolo al interior de las fuerzas armadas, como quiera que en el documento se dice: “Las políticas contenidas en la presente directiva deben ser difundidas y aplicadas por todos los niveles en las fuerzas armadas”).

La directiva da cuenta de las decisiones más importantes de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, en las cuales se reitera que “la competencia de la justicia penal militar es restrictiva y excepcional y sólo se debe investigar y conocer de los delitos relacionados con el servicio”.<sup>29</sup>

Por esta vía, se aclaran los delitos que corresponden a la protección penal de los derechos humanos, y respecto de la cual no hay competencia, al mismo tiempo, respecto de los cuales se debe tener el mayor celo en su protección. Así, en el apartado que contiene “complementos a las instrucciones impartidas en la directiva 10 de 2007”, se dan nuevas instrucciones a todos los miembros de las fuerzas armadas, se reseñan los artículos fundamentales del Código Penal, como el artículo 135, básico en la elaboración del Protocolo y, lo que es fundamental para la escena del crimen, se reseñan normas sobre actividades de policía en la indagación e investigación. De igual manera, la instrucción número 7 expresa la voluntad de colaboración de las fuerzas armadas a la justicia penal ordinaria: “El personal de las fuerzas armadas facilitará y apoyará la práctica oportuna de las diligencias judiciales ordenadas por autoridad competente en el curso de investigaciones por homicidios en persona presuntamente protegida”.<sup>30</sup> Ello es fundamental, al mismo tiempo que la directiva considera, claramente, “el incumplimiento de las órdenes impartidas en la presente directiva”, como “falta disciplinaria según lo previsto en el numeral 16 del artículo 59 de la Ley 836 de 2003”. Se trata, además, de una verdadera política integral de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, tal como fue presentada dicha política en el mes de enero de 2008 y como ha sido recogida en un documento fundamental que establece no sólo dicha política, sino su carácter integral: “La política integral cumple con tres propósitos: articular el sistema de enseñanza de DDHH y DIH que desde hace más de una década ha puesto en práctica el Ministerio de Defensa Nacional; adecuar los métodos de instrucción en DDHH y DIH a las necesidades de la Fuerza Pública en el contexto actual; y por ultimo, integrar todas las capacidades de que dispone la Fuerza

---

<sup>28</sup> Ibidem, pp. 4 y 5.

<sup>29</sup> Ministerio de Defensa Nacional, directiva permanente No. 19 del 2 de noviembre de 2007, p.2.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 3.

Pública para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de DHH y DIH.”<sup>31</sup> En esta política integral la protección de la población civil y, en consecuencia la necesidad de evitar la comisión de homicidios en persona protegida, vuelve a ser fundamental, tal como lo expresa el documento: “Mientras mayor sea el control en el uso de la fuerza dentro del marco del DIH, mayor será la efectividad operacional. Por el contrario, cualquier error táctico tendrá un desproporcionado costo operacional, porque se pondrá en riesgo la confianza y el apoyo de la población”.<sup>32</sup>

Si la policía y el ejército en su actuar diario, son la primera fuente de selectividad del sistema penal, si en el ejercicio de autoridad que desarrollan las fuerzas armadas y en la violencia reglada que ellas ejercen, yace un peligro inminente de desbordarse, de desinstitucionalizarse, sólo un compromiso sólido, permanente, decidido de las instituciones y sus cabezas, pueden garantizar que el ejercicio legítimo de la autoridad se mantenga dentro de la institucionalidad propia del Estado de Derecho: lograr este consenso es uno de los alcances fundamentales del Protocolo que está previsto.

El tema se ha introducido a propósito del nuevo Código penal militar, pero es un hecho desde luego ligado a situaciones que se dan por fuera de las normas de este Código. Es decir, los homicidios en personas protegidas, para citar este caso que ha sido ilustrado de manera especial en estas observaciones, tienen lugar independientemente del nuevo proyecto de Código Penal Militar. Lo que sucede es que con esta normatividad, el problema se puede agravar eventualmente: la alusión al Código se ha hecho, simplemente por el hecho de que la situación fáctica se puede agravar con normas de hecho proclives a un ejercicio desinstitucionalizado de la función penal.

Respecto del nuevo Código Penal Militar, en razón a que aún no se trata de una ley vigente, sus normas no han sido reseñadas en los módulos temáticos que hacen parte de la estructura general del Protocolo –se debe esperar el articulado final del nuevo Código-, pero, en el presente documento que contiene reflexiones que sirven de base al Protocolo, sí se adelantan observaciones sobre el proyecto, que el consultor considera fundamentales en función del fin mismo que aliente todo el documento.

## **9. Observaciones sobre el nuevo Código penal militar**

### **9.1. Sobre los delitos: tensiones entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria**

---

<sup>31</sup> Ministerio de Defensa Nacional, **Política Integral de DDHH y DIH**, Bogotá, 2008. p. 19. Asimismo el documento aclara qué entiende por la noción de “integral”: “Tiene un sentido pleno: no se trata simplemente de fortalecer la instrucción, sino de revisar y robustecer todos los instrumentos con que cuenta la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de estos deberes y obligaciones. Se trata de establecer un marco normativo claro cuya instrucción y control sea parte integral de toda la actividad de la Fuerza Pública”. Ibidem, p. 3.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 22.

A propósito del proyecto de nuevo Código Penal Militar, hay normas del mismo que ilustran problemas muy complejos y que deben ser tenidas en cuenta para el Protocolo que se propone: de la redacción final del nuevo Código, depende en buena medida el Protocolo tenga sentido real y no meramente simbólico. Se debe esperar el decurso del proyecto, una vez se han presentado objeciones hoy que coinciden con observaciones que tiene el propio consultor; luego, una vez se expida la Ley, hay que esperar posibles pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto –en caso de que se presente demanda que, a juzgar por antecedentes –es siempre muy probable. En este apartado, se harán observaciones generales sobre algunos delitos y sobre la necesidad de darle una interpretación restrictiva y, sobre todo, coherente con todos los antecedentes jurisprudenciales y, precisamente, coherente también respecto de la claridad absoluta de que violaciones de derechos humanos no son parte de la competencia de la justicia penal militar.

## 9.2. Delitos no relacionados con el servicio: un tema ya resuelto

La primera observación absolutamente fundamental, es la relacionada con el artículo 3 del proyecto: se trata de un fenómeno ya regulado, respecto del cual ya existe jurisprudencia constitucional y respecto del cual ha existido amplio debate: la enumeración es apenas ejemplificativa y no debe servir para que, una vez se entienda que es taxativa, otros delitos entren a ser de conocimiento de la justicia penal militar. Establece en efecto, el artículo 2, que sirve de referencia al 3, lo siguiente: “**Artículo 2º. Delitos relacionados con el servicio.** Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública dentro o fuera del territorio nacional, conforme a los límites constitucionales que le son propios, así como de aquellos que resultaren de la posición de garante, de conformidad con las pruebas allegadas”

Luego, el artículo 3, agrega: “**Delitos no relacionados con el servicio.** No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”. Como se dice, se trata de un hecho ya previamente regulado y respecto del cual no debería volver a legislarse con el mismo tenor. Por esa razón, en las objeciones presentadas por el poder ejecutivo y dirigidas al presidente de la Cámara de Representantes, el 30 de Julio de 2007, se dice: “De acuerdo con lo señalado por la Corte, el artículo debe referirse a todas las violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, y no solamente a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada”.<sup>33</sup> El escrito de objeciones recuerda que el artículo es de igual tenor al Código vigente y cita la jurisprudencia relevante sobre dicho artículo. Agrega, finalmente y ello es fundamental para el Protocolo, que “las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derechos

---

<sup>33</sup> Documento que contiene objeciones al proyecto de ley No. 144 de 2005, cámara 111 de 2006 y senado, “por el cual se expide el Código Penal Militar”, firmado por el ministro del interior y de justicia y por el ministro de defensa, Bogotá, julio 30 de 2007, p. 2.



internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública y por lo tanto deben ser excluidas del fuero penal militar”.<sup>34</sup>

Un hecho debe agregarse además a las anteriores consideraciones: el artículo, en su parte final, hace relación a que dichos delitos, el de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, serán “entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”. Esto es un error. Es decir y tiene que ver con el hecho de trasladar el mismo tenor del Código vigente, la norma hace referencia a los tratados internacionales. No obstante, cualquier norma que se redacta en este sentido, debe referirse necesariamente al nuevo Código Penal que, desde el año 2000 y con entrada en vigencia en el 2001, regula las conductas que hacen parte de la protección penal de los derechos humanos. Ello desde luego no obsta para que, como es obvio y por orden del principio de integración, los operadores tengan en cuenta los tratados internacionales, pero la primera fuente, hoy, es el Código Penal que, además, debe leerse sobre todo en consonancia con disposiciones del Estatuto de Roma. Así, desde las normas del Código, se va a los tratados internacionales que sirven de marco de referencia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

### **9.3. Delitos contra la población civil: acciones excluidas del fuero penal militar**

Otra observación fundamental que hace esta consultoría, se relaciona con el título VI y sus varios capítulos, del proyecto de Código Penal Militar. Se trata de los delitos contra la población civil, artículos 154 y siguientes. La sola noción de *población civil* es problemática. Se entendería, desde luego, que se trata de posibles delitos que no constituyen infracciones al derecho internacional humanitario y que son cometidos en la lógica de actuación estrictamente militar y dentro de los límites mismos de aquellas conductas que no corresponden a la justicia penal ordinaria. Pero es necesario ser absolutamente precisos en la imputación de las conductas y trabajar denodadamente en la interpretación de la estructura de los tipos penales de la justicia penal militar y de la ordinaria. Por ejemplo, el artículo 154 se refiere a la “Devastación”, y establece: “El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años”.

Para el poder ejecutivo en su escrito de objeciones y sin discusión, estas normas todas, hasta el artículo 173, son inconstitucionales, ya que, “por definición, las conductas aquí descritas deben ser tipificadas por el derecho penal común y ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria. Ninguno de estos delitos puede ser considerado como delito en relación con el servicio. Por consiguiente, los delitos contra la población civil deben ser eliminados del Código Penal Militar”. (Se debe aclarar que el escrito de objeciones se refiere o reseña los artículos, desde el número 155 en adelante, pero se entiende que se trata del 154 en adelante).

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 2.

Ahora bien, no obstante la claridad y contundencia del escrito de objeciones, el consultor considera fundamental ahondar en consideraciones que respaldan dichas objeciones y para ello, como ejemplo, se vuelve al artículo 154 citado. El argumento de la inconstitucionalidad debe ser reforzado para que no existan dudas. Se subraya la noción de *actos de servicio*, que es el elemento normativo del tipo penal que establece una diferencia por ejemplo con el artículo 154 del Código Penal ordinario -una gran coincidencia- que hace referencia a la “destrucción y apropiación de bienes protegidos”, estableciendo que se configura la conducta, cuando “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado (...), 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 cinco (5) a diez (10) años...”.

Se trata, además, de la norma que aclara, así como el artículo 135, cuáles son las “personas protegidas”; en este caso, los “bienes protegidos”, conforme a los tratados internacionales. Las fronteras entre las normas son muy complejas y muy tenues, porque se trata, en primer lugar, de bienes y, en segundo lugar, como es el caso del artículo 154 del código ordinario, es una norma que hace referencia a técnicas militares que son precisamente fundamentales al momento de imputación de conductas en la justicia penal militar. Además, cuando el artículo especifica qué es un bien protegido, se refiere a bienes de carácter cultural o destinados al culto, que son precisamente bienes referidos en el nuevo Código Penal Militar. En este sentido, la confusión puede darse, tanto en los actos, como en los bienes. Como se ve, es extremadamente complicado y arriesgado, establecer pautas de interpretación que podrían convertirse, finalmente, en puntos de apoyo para defender normas que no sólo son inconstitucionales, sino altamente inconvenientes.

De manera general se puede decir, además, que desde el Código penal ordinario, se hace referencia a nociones que en todos los países se han discutido por su vaguedad e indefinición, que son puramente militares, como la noción de “medios excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista”. Por esa razón, y como ha ocurrido en casos ya fallados, en los cuales por ejemplo homicidios cometidos por miembros de las fuerzas armadas son conceptualizados como “excesos” en la función militar, cuando se trata en realidad de homicidios en personas protegidas o, en todo caso, de homicidios cuya investigación y juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, tanto más difícil será establecer los límites cuando se trata de normas que de suyo hacen relación a situaciones de carácter militar.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Es un hecho complejo ciertamente, recuérdese el auto reseñado por la Sala Penal con radicado No. 23472 de abril 13 de 2005, p. 2, respecto del cual se produjo un salvamento de voto que consideró “excesivas”, dentro del rango del ejercicio del servicio, acciones de matar a personas que se han rendido y de hacerlos por la espalda. Es un hecho complejo, como además lo advierte el escrito del 9 de mayo de 2007, del Tribunal Superior Militar dirigido a la doctora Luz Marina Gil, en el cual se advierte sobre la necesidad de tener en cuenta los “excesos cuantitativos y cualitativos como criterios de actuación del fuero penal militar...” p. 4. Debe agregarse, respecto de esta consideración, que los criterios establecidos por la directiva comentada del Ministerio de Defensa, sobre los principios de proporcionalidad, distinción, necesidad y legalidad, deben ser tenidos en cuenta para determinar dichos excesos.

A nuestro juicio y como bien lo hace el poder ejecutivo en su escrito al Parlamento, la sola referencia, en un Código Penal Militar a la población civil, conduce no sólo a una inconsistencia, sino a una clara inconstitucionalidad que deviene con la posibilidad de entender como excesos, actos que van dirigidos contra la población civil y éstos, por este solo hecho, “adquieren, por la connotación del sujeto pasivo, en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, un alcance que trasciende la esfera del ámbito jurídico militar, en tanto afectan bienes jurídicos tutelados por el régimen punitivo sustancial ordinario...”. Por lo tanto, según el escrito, “los delitos contra la población civil deben ser eliminados del Código Penal Militar”.<sup>36</sup> (Nótese que la alusión del documento a una noción particular de sujeto pasivo, se relaciona directamente con lo dicho previamente por el consultor respecto de la consideración ético-política que subyace a la noción de persona protegida dentro de la cual está, desde luego y por excelencia, la población civil no combatiente).

El caso reseñado se repite en otras normas de manera sistemática, por ejemplo, en el artículo 155 que se refiere al “saqueo” y que reseña bienes que son perfectamente bienes protegidos por el DIH. Lo mismo el 158 que se refiere a las exacciones. Es importante anotar que estas normas, de este título, hacen relación a los bienes y en ningún caso a actos directos contra la vida o la integridad de la población civil, o a su libertad o a la libertad u opción sexuales, etc. Es decir, de plano todo ello está por fuera del ámbito de competencia de la justicia penal militar. No obstante, el problema surge también con normas como el artículo 164 que se refiere al “Abuso de autoridad” y que prevé lo siguiente: “El que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, por medio de las armas o empleando la fuerza, con violencia sobre las personas o las cosas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá por esta sola conducta en prisión de uno (1) a tres (3) años”. Es una norma que debe interpretarse, desde luego, de manera restrictiva: en ningún caso se trata de violaciones de derechos humanos o DIH. Incluso ello surge de una obviedad, como es el caso del quantum irrisorio de la pena prevista.

Ahora bien, los eventuales problemas que puedan surgir de este tipo de normas, se exacerbaban cuando se trata de una disposición que tiene carácter general, como es el caso del artículo 173, capítulo único con una referencia genérica: “Delitos comunes. Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el código penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”. Es respecto de esta normas, con una referencia genérica, que se hace necesario trabajar para delimitar correctamente las fronteras; es en ello que se ha empeñado la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia internacional, pero los desafíos son enormes y las dificultades de imputación muy grandes.

Miremos otro ejemplo de una conducta que hace parte del núcleo duro de protección penal de los derechos humanos. Es el caso del artículo 180 del Código Penal cuando, respecto del desplazamiento forzado, se dice que no se entenderá como tal el “desplazamiento o movimiento de la población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 3.

seguridad de la población o en desarrollo de imperiosas razones militares”. Así, de nuevo como en un caso reseñado, se presenta el problema de las valoraciones de carácter técnico-militar como fundamento para la imputación o no de una conducta. Los operadores de la administración de justicia tienen múltiples inconvenientes con la valoración de estas circunstancias y a ello se agrega, respecto de lo que nos compete directamente, el problema concreto de las fronteras entre la justicia penal militar y la justicia civil. Es por esto que el consultor ha estimado conveniente hacer alusiones concretas a estos problemas, más allá incluso de las objeciones, muy atinadas, del poder ejecutivo.

## **10. Sobre la autoría mediata en estructuras de poder organizadas**

Desde el punto de vista de la doctrina y su impacto sobre la jurisprudencia, un tema es hoy de especial interés y éste se abre vía en el país con gran énfasis: se trata de aquello que en la doctrina se ha denominado, dogmáticamente, como “Teoría de la autoría mediata por el dominio sobre estructuras de poder organizadas”. Esta teoría, desarrollada inicialmente por Claus Roxin en Alemania en el año 1963 y desarrollada por diversos autores en la década de los ochenta y noventa, es hoy aplicada en el país por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía y es aplicada e impulsada por diversas delegadas en la Procuraduría General de la Nación; se trata, además y en todo caso, de un tema general de discusión.

Surgió la teoría, en el caso de Roxin, a partir de la constatación de graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por miembros del nacional socialismo alemán en la segunda guerra mundial. Se trató, además, del conocido caso Eichmann y de la denominada “solución final”. El punto de partida para la elaboración de la teoría, fue entonces la ocurrencia de múltiples violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por estructuras ilegales que operaron al interior de Estados afectados en su democracia. Así se aplicó, por ejemplo y concretamente, a miembros de las cúpulas militares en la República Argentina en procesos complejos de los años 80 y también se aplicó en los casos del Muro de Berlín, en el año 1994, cuando se imputaron numerosas conductas a jefes militares que ordenaron disparar a los soldados en el muro de Berlín, a aquellas personas, civiles, que antes de la caída de dicho muro, pretendieron pasar de la antigua República socialista alemana, a la Alemania de Occidente.

Ese es el origen de la teoría, aunque el mismo Roxin en su texto básico, establece la posibilidad de que ella se aplique a maquinarias de poder no-estatales, es decir, y en un lenguaje más cercano al caso colombiano, también se aplica a grupos organizados al margen de la ley, concretamente, a grupos de guerrillas o a grupos paramilitares. En este sentido, se ha pronunciado la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía. Así, por ejemplo, en un caso de una toma guerrillera a propósito de la cual fue capturado un indígena en el departamento del Cauca que fue hallado responsable, como miembro de ese grupo guerrillero, de diversas conductas imputadas, la Fiscalía establece la “necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como son los grupos

subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas”.<sup>37</sup>

La Fiscalía se adentra en el estudio de las tesis de Roxin, cita textualmente al profesor alemán, hace relación a la fungibilidad del autor y concluye:

“Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula [...] pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global”.<sup>38</sup>

Se trata de una posición doctrinal que se repite hoy en el ente investigador.<sup>39</sup> Por ejemplo, en providencia del 3 de octubre de 2005, en hechos ocurridos en el departamento de la Guajira, en el cual habitan los indígenas Wayuu, la Fiscalía investigó más específicamente el delito de concierto para delinquir, en la medida en que esta vez dicho concierto no se concretó necesariamente en la comisión de múltiples delitos. Se trata de miembros de grupos paramilitares que se reunían de manera permanente en bares y lugares públicos con el propósito, de acuerdo con lo investigado, de planear la comisión de diversos delitos. Según la Fiscalía, en uno de esos lugares,

“se celebran reuniones con cierta frecuencia en las que se fijan las pautas para sentar una autoridad paralela a la legítimamente constituida, bajo la amenaza latente de dar muerte a quienes denuncien sus actos, muestra de ello son los volantes y comunicados con amenazas dirigidos contra las personas que tienen que abandonar el lugar en el plazo señalado”.<sup>40</sup>

El ente investigador, en este caso, llamó a juicio a más de 40 procesados por el delito de concierto para delinquir, en concurso material con el delito de extorsión –recurso permanente de los actores armados sobre el patrimonio de civiles-; en la comprobación material de los hechos, la Fiscalía hace referencias muy interesantes a la presencia territorial efectiva de los actores sobre esa zona, desde el año 2002 y considera que se ha cometido el concierto, en la modalidad prevista en el inciso 2 de la norma, es decir, el concierto que tiene que ver con la comisión de delitos entre los cuales están previstos los crímenes internacionales y que son penalizados más severamente.<sup>41</sup>

Cuando el ente acusador aborda el tema de la autoría, reconoce y en ningún caso elude el hecho de que la responsabilidad penal es individual; no obstante, considera que las complejas actuaciones de individuos que actúan en organizaciones o estructuras de poder, “no se pueden construir con los baremos del delito individual”. La Fiscalía cita a Roxin y

---

<sup>37</sup> Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado No. 1556 del 13 de mayo de 2005, p. 24.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>40</sup> Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso No. 2000, octubre 3 de 2005, p. 2.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 123.

su tesis central del dominio del hecho por dominio de la voluntad en organizaciones de poder.<sup>42</sup>

Se debe decir, al respecto, que es la sociología la que le da el contenido concreto a la teoría en cada caso específico. Incluso el mismo Roxin, en su texto clásico de 1963 y luego retomado en su libro especializado sobre el tema de la autoría, reconoce que el concepto no es un concepto acabado; el reto es darle contenido en situaciones específicas.<sup>43</sup> Así se ha hecho, además, en países como el Perú, en los cuales se ha reconstruido acciones de grupos como Sendero Luminoso, desde el punto de vista sociológico para aplicar o dar sustento a dicha teoría. Debe decirse que las polémicas que la teoría causa o sus exigencias, como es el caso de exigir en ella una especie de excepción a ciertas características del principio de responsabilidad individual, deben ser saldadas, de manera coherente, acudiendo a la sociología criminal: sólo ello dará alguna consistencia a la teoría. Esta se coloca, además en las fronteras y límites entre la dogmática y la política criminal; esta es su esencia, de allí derivan sus alcances y las polémicas que suscita. Por ejemplo y esto es concreto en situaciones de justicia transicional: ésta es siempre residual y selectiva. Entonces la pregunta es: ¿Cómo llega la justicia penal a los superiores, a los comandantes, a los jefes de grupos armados? ¿Se puede con categorías convencionales o es necesario enriquecer la discusión y elaborar nuevas herramientas dogmáticas y metodológicas?

Es, además y esto es hoy fundamental, una teoría que se desarrolla junto al desarrollo y dinámica del derecho penal internacional. El mismo Roxin y autores muy activos en la materia, como es el caso de Kai Ambos, encuentran que el verdadero lugar en el cual se puede aplicar la teoría, es en el contexto de la aplicación de la normas internas que corresponden a los crímenes internacionales (hecho que, como se ve, es fundamental para el consultor en desarrollo del Protocolo). Surge así la discusión alrededor del artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en el literal a, numeral 1 establece, respecto de la responsabilidad penal frente a los crímenes del Estatuto, que es responsable quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Esta norma se lee en concordancia con otras, por ejemplo, con el numeral 1 del artículo 28 que se refiere a la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Se trata, ni más ni menos y para volver al caso del Protocolo que nos ocupa, de un tema fundamental hoy no sólo en perspectiva del derecho penal internacional, sino en la perspectiva central de lucha contra la impunidad; es decir, del tema relacionado con la responsabilidad del superior jerárquico: éste es el tema central en el cual se debate hoy la aplicación de la Teoría del dominio sobre estructura de poder organizadas. La norma, mencionada, al hacer referencia a “causales de responsabilidad penal”, dice lo siguiente: “El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable

---

<sup>42</sup> Se trató, como se vio, de un caso en el que más de 40 sujetos activos fueron individualizados. Es decir, se trató de una verdadera estructura o aparatos de poder. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso No. 2000, octubre 3 de 2005, pp. 136 y ss.

<sup>43</sup> Claus Roxin, “Dominio de la voluntad en estructuras de poder organizadas”, en: Claus Roxin, **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**, Madrid-Barcelona, 2002, p. 279.

por los crímenes de competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas...”. (Sigue el artículo reseñando algunas circunstancias particulares). Se trata, además y a partir de ello, del caso concreto no sólo de los crímenes cometidos por acción, en el caso de los superiores jerárquicos, sino de aquellos cometidos por omisión. Es un tema fundamental que ha ocupado a los doctrinantes y a la jurisprudencia en Colombia y el cual debe tenerse siempre en cuenta.<sup>44</sup>

Para volver al caso colombiano, la discusión más interesante que ha tenido lugar en relación con la teoría y su aplicación, ha sido respecto de un caso fallado en la Sala Penal de la Corte en el mes de marzo de 2007. Se trató de la denominada “masacre de Machuca”. Miembros de un grupo guerrillero, que durante muchos años se dedicó a colocar bombas en diversos oleoductos produciendo toda clase de daños ecológicos, además de realizar múltiples atentados contra miembros de la población civil, el 18 de octubre de 1998, cerca de una pequeña población, colocaron un explosivo de enorme poder a un oleoducto. Así,

“justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río [...] por cuyo cause avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos –entre niños, adultos, ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas”.<sup>45</sup>

La Fiscalía cerró la investigación en decisión del 19 de noviembre de 2001 e imputó diversos delitos a diversos autores, entre ellos y especialmente, a miembros de la cúpula del grupo guerrillero, que no participaron directamente en los hechos. Desde el principio y durante todo el proceso, el hecho relacionado con la definición de la autoría fue fundamental. El juzgado de primera instancia, en providencia del 25 de mayo del 2004, condenó a los acusados como coautores, por un concurso integrado por los delitos de homicidios, terrorismo, rebelión y lesiones personales. (Debe aclararse, que la providencia “extendió la responsabilidad por las muertes y lesiones a la cúpula de esa organización subversiva, a título de dolo eventual”).

---

<sup>44</sup> Se cita, a manera de referencia, la conocida sentencia de la Corte Constitucional referida al caso Mapiripán, Meta, No. SU-1184 de 2001 y la reciente sentencia de la Sala Penal de la Corte, del 12 de septiembre de 2007, con alusión extensa a tratados internacionales y al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sobre el caso “La Gabarra”, con radicado No. 24.448. Respecto de la doctrina, se destaca, por ejemplo, el texto del Viceprocurador General del Nación, Carlos Arturo Gómez, denominado: “la solidaridad en la antigüedad y la dogmática de la omisión”, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, colección de pensamiento jurídico No. 17, derecho penal, Bogotá, agosto de 2005 y el trabajo titulado, “dogmática y fundamentos de los delitos de omisión”, en: Carlos Arturo Gómez, **Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal, primera parte**, Bogotá. Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 319-375.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, casación No. 23825 del 7 de marzo de 2007, MP. Javier Zapata Ortiz, p. 3.

La impugnación de la decisión tuvo lugar justamente respecto de la posible autoría de los miembros de la cúpula. Por su parte el tribunal, en segunda instancia, descartó los cargos por dolo eventual respecto de los homicidios cometidos. Concluye, además, que no se les podía castigar a los jefes como determinadores, “ya que en un acontecer culposo no es posible, dogmáticamente, predicar la determinación”. Condenó, a los miembros de la cúpula que no participaron directamente en los hechos, sólo por el delito de rebelión.<sup>46</sup> El fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos interpuso la demanda de casación contra la sentencia del tribunal e instó a la Sala Penal para que aplicara las sanciones por los delitos cometidos con dolo eventual, tal como lo había hecho el juzgado de primera instancia. También lo hizo la procuradora 161 judicial penal II, demanda que sería la que, al final, prosperaría con sus cargos.

Lo primero que es necesario advertir frente a este caso tan importante, es la calidad de la vista fiscal que se presentó ante la Sala Penal. El procurador primero delegado para la casación penal, en escrito presentado en el mes de noviembre de 2006 y que ha sido publicado en la *Colección de fallos y conceptos del Ministerio Público, No. 8*, asume con gran rigor metodológico el estudio del tema, y lo hace bajo el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Uno de los capítulos más importantes del concepto se refiere a la aplicación de la teoría, en el caso específico, no sólo de crimen organizado, sino de violaciones de derechos humanos y DIH, y retoma con todo rigor la discusión sobre dolo eventual, bajo el supuesto del principio lógico de no contradicción, justo respecto de la tesis de la autoría mediata a través de organizaciones de poder.<sup>47</sup> Le pide a la Sala Penal que actualice la jurisprudencia al respecto y que aplique la teoría, casando la sentencia del tribunal superior.

No obstante, la Sala Penal se muestra tímida frente a la necesidad de asumir hoy discusiones que son insoslayables y que hacen parte de la discusión global en derechos humanos y derecho internacional humanitario. La Sala Penal sí da cuenta de la discusión, cita a Roxin y su concepción más ortodoxa; acepta, lo cual es importante, que el artículo 29 del Código Penal sí da pie para su aplicación, pero se inclina más hacia la noción de coautoría impropia por división del trabajo. A partir de allí, considera la Sala que no es necesario “ocuparse de las estructuras organizadas de poder, como explicación racional para endilgar también a los dirigentes de aquellos gremios los delitos cometidos por sus militantes de menor rango o jerarquía”.<sup>48</sup>

Para la Sala, no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”, ya que según los magistrados, todos contribuyeron a la ocurrencia del hecho, por división del trabajo. La discusión no se dio en el terreno probatorio, sino en la calificación. Así, para la Sala existió, como se ha dicho, “coautoría impropia por división de trabajo”. Casa la sentencia del

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>47</sup> Francisco Farfán Molina: **La masacre de Machuca. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, procurador primero delegado para la casación penal, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2006, pp. 66 y ss.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 73.



tribunal, revive la discusión sobre el dolo eventual, considera que existe este dolo, impone la pena de acuerdo con ello, aunque modifica el *quantum* de las mismas. (Lo cierto es que en el artículo 29 del Código existe la posibilidad en principio de aplicar todas las soluciones dogmáticas y serán los casos futuros los que han de definir si la Sala Penal, tal como lo hace hoy la Fiscalía, jueces de instancia y la Procuraduría, acepta esta tesis o, por lo menos, aborda sus consecuencias en el contextos históricos actuales de internacionalización o globalización del derecho).