

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 129 de 2014 Cámara <<Por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones>>.

| | |
|--|--|
| Proyecto de Ley No. 129 de 2014 Cámara «Por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones». | |
| Autor | Ministro de Defensa Nacional, Juan Carlos Pinzón Bueno |
| Fecha de Radicación | Octubre 01 de 2014 |
| Referencia | Concepto No. 15.12 |

Objeto del proyecto.

De acuerdo con el texto presentando para su evaluación por parte del Consejo Superior de Política Criminal, el proyecto de ley bajo examen tiene el propósito de establecer un conjunto de reglas para la investigación, acusación y juzgamientos de miembros de la Fuerza Pública, a partir de la armonización de este conjunto con algunas reglas del Derecho Internacional Humanitario.

1. Observaciones político-criminales al Proyecto de Ley «Por medio del cual se crea la jurisdicción de penas y medidas de seguridad»

Luego del examen y la respectiva discusión del texto del proyecto de ley bajo comentario, el Consejo Superior de Política Criminal encuentra que, en términos generales, se puede predicar la conveniencia y utilidad de la iniciativa legislativa. Sin embargo, la anterior afirmación no es completamente unánime, dado que se presentan una serie de comentarios que, a modo de cuestionamientos y objeciones, piden de los autores de la propuesta su atención, de cara al mejoramiento del Proyecto de Ley.

Para ilustrar la posición anterior, en lo que viene a desarrollarán un conjunto de argumentos que permiten comprender el sentido de la afirmación. Para ello, y de acuerdo con las discusiones desarrolladas por el Comité Técnico, se presentan siete secciones en las que se resaltan los aspectos positivos, así como los cuestionamientos y objeciones a la propuesta: en la primera se interroga de manera general sobre la necesidad de una ley como la que contiene el proyecto; en la segunda se examina la configuración de los daños colaterales en la propuesta; en la tercera se plantea un comentario en relación con el trámite legislativo de la propuesta; en la cuarta se hace mención al fuero penal y su relación con la iniciativa; en la quinta se examina la noción de blanco legítimo; en la sexta, la de responsabilidad del superior; en la séptima, finalmente, se presentan algunos comentarios en relación con el tipo propuesto de ejecución extrajudicial y la definición de grupo armado.

1.1. Sobre la necesidad del Proyecto de Ley bajo examen

La Corte Constitucional ha indicado en distintas providencias que los tratados internacionales que conforman el DIH convencional hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, de modo que sus preceptos integran de la Carta Política para efectos del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas de inferior jerarquía¹. El reconocimiento del rango constitucional de este cuerpo normativo internacional obliga a su aplicación directa y preferente en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que resulta evidente que la aplicación del DIH al ordenamiento jurídico interno no está condicionada a la consagración de sus principios, preceptos y prohibiciones mediante una ley de la República.

En particular, la aplicación de las normas del DIH viene dada por la constatación de las condiciones que dan lugar a sostener la existencia de un conflicto armado, internacional o no internacional, independientemente que las partes involucradas o terceros declaren que el enfrentamiento constituye un conflicto armado². En consecuencia, siguiendo los lineamientos del Protocolo Adicional II y la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc³, existe un conflicto armado no internacional cuando se advierta i) una significativa intensidad de las hostilidades, ii) protagonizadas por las fuerzas armadas de un Estado y un grupo armado dotado de un grado más o menos alto de organización, iii) que se desarrollan en el territorio de dicho Estado.

De concurrir estas condiciones rigen las normas del DIH pertinentes, con independencia de que hayan sido o no recogidas en el ordenamiento jurídico del Estado combatiente o del criterio de quienes dirigen el grupo armado organizado. La doctrina especializada

¹ Un completo estudio de esta temática puede hallarse en: FAJARDO, Luis Andrés, *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia*, versión electrónica disponible en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf>

² VALENCIA VILLA, Alejandro. *Derecho Internacional Humanitario, conceptos básicos e infracciones en el conflicto armado colombiano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, Bogotá, 2013.

³ Entre otras: TPIY, Prosecutor v. Tadic, IT [94]1, Sala de Primera Instancia, Sentencia (1997), párrs. 561 a 568.

coincide en afirmar, de modo más o menos unánime, que las hostilidades que han tenido lugar en Colombia durante las últimas cuatro décadas reúnen las condiciones antes anotadas⁴ y, en consecuencia, las disposiciones del DIH tienen aplicación en todas las zonas del país en que se desarrollan las hostilidades⁵.

Esto, se reitera, con independencia que se apruebe o no una ley como la propuesta. Lo anterior, sin embargo, no quiere significar que el proyecto analizado carezca de utilidad. En particular, debe reconocerse que el DIH convencional⁶ aplicable a los conflictos armados no internacionales es más bien escaso. Como lo indica Machado: “Los conflictos armados de carácter no internacional (o conflictos armados domésticos) están regulados – a nivel estrictamente convencional- por el Protocolo Adicional II y el artículo común 3 a los convenios de Ginebra”.

En consecuencia, el proyecto de ley bajo examen es una buena oportunidad de positivizar y desarrollar las normas consuetudinarias del DIH aplicable a los conflictos armados internos, así como para concretar su contenido frente a las situaciones de mayor ocurrencia en el escenario nacional. Adicional a lo anterior, es importante resaltar que el mismo proyecto de ley contribuye en casi todas las ocasiones a ofrecer claridad para la interpretación de los principios de esta rama del derecho internacional y facilita su aplicación frente a situaciones particulares. En conclusión, el proyecto objeto de estudio no es necesario para que durante la investigación y el juzgamiento de conductas punibles cometidas en el marco del conflicto armado se aplique el DIH, sin embargo, por facilitar la aplicación de dicha normatividad y permitir su desarrollo la iniciativa legislativa resulta útil.

1.2. Sobre los daños incidentales o colaterales como actos lícitos a la luz del Derecho Internacional Humanitario

Lo primero que debe mencionarse frente a este punto es que los principios de distinción y precaución no comportan una prohibición absoluta de adelantar acciones contra blancos legítimos que previsiblemente puedan afectar personas o bienes protegidos. En otras palabras, lo que está absolutamente prohibido por el DIH, hasta el punto de constituir una infracción grave a sus preceptos, es el uso directo de la fuerza contra una persona o bien protegido, pero ningún precepto del mismo obliga a partes en contienda de abstenerse de acciones que previsiblemente afectarán personas o bienes protegidos, cuando dichas operaciones comporten una ventaja militar concreta y directa que se muestre proporcional frente a los daños incidentales ocasionados.

Es por lo anterior que las partes en contienda sólo comprometen su responsabilidad en razón a la lesión incidental a personas civiles o el daño colateral a objetos civiles,

⁴ Por todos ver: MACHADO RAMÍREZ, Sebastián. “La Categorización del Conflicto Armado en Colombia”, en: *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de Derecho Penal*, AAVV. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

⁵ Algunos autores incluso consideran que en todo el territorio tiene aplicación el DIH. Cf. VALENCIA VILLA, Alejandro. 2013.

⁶ Esto es, recogido en tratados internacionales.

cuando el ataque resulte “manifiestamente excesivo” frente a la ventaja militar prevista. Precisamente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra como crimen de guerra la causación de daños “claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea” (art. 8(2)(b)(iv)).

El Proyecto de Ley recoge lo antes señalado al establecer en el literal B del art. 38 que los daños a bienes civiles y personas civiles que no participan directamente en las hostilidades, no darán a responsabilidad penal en los siguientes eventos:

1. Cuando en desarrollo de una acción, operación militar u orden de servicio policial dirigida contra un blanco legítimo u objetivo militar ocurran daños colaterales o incidentales a bienes o personas civiles, y la planeación de la misma haya cumplido con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, la orden de lanzar ese ataque no dará lugar a responsabilidad penal. Corresponde a las autoridades judiciales competentes asumir la carga de demostrar que tales deberes no fueron cumplidos al ser planeada la operación o al ser dada la orden.
2. Tampoco dará lugar a responsabilidad penal la conducta realizada en ejecución de dicha orden, si la ejecución cumple con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, el daño a objetos o personas civiles es colateral o incidental y es evidente que el ataque fue dirigido específicamente contra un blanco legítimo o un objetivo militar, tal como se encuentran definidos esos términos en esta ley. Corresponde a las autoridades judiciales competentes asumir la carga de demostrar que tales supuestos no se cumplen en cada caso.

En otras palabras, las acciones señaladas se entienden como conductas lícitas y estarían cobijadas bajo el eximente de responsabilidad del estricto cumplimiento de un deber legal. Adicionalmente, es importante reconocer que el Proyecto de Ley establece un umbral de admisibilidad de los daños colaterales más estricto que el previsto en el DIH, pues al desarrollar el principio de proporcionalidad se prevé que “ningún ataque podrá ser realizado cuando sea de prever que causará muertos o heridos de la población civil, o daños a bienes civiles, o ambos, excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”⁷. Es importante destacar que allí no se hace uso de la expresión “manifiestamente excesivos” prevista en distintas normas del DIH, de modo que los ataques que comporten daños a bienes o personas civiles *sencillamente* excesivos frente a la ventaja militar concreta prevista, escapan al ámbito de la licitud y comprometen la responsabilidad penal de sus autores.

No obstante la aparente claridad de lo hasta ahora planteado, debe reconocerse que el proyecto de ley bajo análisis exige una profunda reflexión acerca de la vigencia y alcance de los derechos fundamentales en desarrollo del conflicto armado interno. Para ilustrar lo anterior se formula un ejemplo:

Inteligencia militar cuenta con información fidedigna conforme a la cual el grupo subversivo FARC EP ha adquirido 100 misiles tierra –aire con capacidad para derribar cualquier aeronave de la fuerza pública. De igual modo, se sabe que por un brevísimo período dichas armas estarán almacenadas en una casa de un apartado corregimiento al que no es posible

⁷ De acuerdo con el numeral 2 del artículo 22 del Proyecto de Ley bajo examen.

acceder para efectuar su decomiso. Un ataque aéreo no sólo supondrá la destrucción de las armas, sino de 5 casas aledañas habitadas por 20 ciudadanos que no participan directa ni indirectamente en las hostilidades. El ataque efectivamente se realiza y acaece la muerte de los 20 civiles, entre ellos 5 menores de edad.

En el escenario de un conflicto armado internacional, el ejemplo planteado no supondría ningún debate, pues un uso de la fuerza como el descrito atiende a los principios de distinción, proporcionalidad y trato humanitario. Adicionalmente, si bien la acción militar se tradujo en la muerte previsible de civiles, tal acción se muestra lícita a la luz del DIH en atención a la ventaja militar directa y concreta que justifica el uso de la fuerza en un caso como el planteado. Sin embargo, en el escenario de un conflicto armado no internacional protagonizado por las fuerzas armadas de un Estado de Derecho, como el colombiano, la solución no puede ser tan sencilla. En particular, debe valorarse que los civiles cuya muerte fue causada por el accionar de las FFMM, contaban con el derecho a la vida y a la propiedad garantizado por el propio Estado que causa la vulneración a los mismos derechos, así sea de forma indirecta. Esto no indica, se reitera, que se rechace la solución propuesta por el legislador ante esta encrucijada, esto es, afirmar la licitud de las muertes de civiles previsibles siempre que se atienda al principio de proporcionalidad; más bien, se trata de hacer énfasis en que la cuestión encierra un profundo debate que debe adelantarse previamente a la aprobación de la iniciativa legislativa. En todo caso, debe reconocerse que aceptar seriamente la vigencia del DIH en el territorio colombiano en razón al conflicto armado interno que en él transcurre, supone admitir la licitud de acciones militares como las que vienen siendo objeto de análisis.

Con tal propósito, resulta útil la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸, conforme a la cual, si bien la protección prevista en la Convención no cesa en el curso de un conflicto armado, las normas del DIH sí que deben ser valoradas a la hora de establecer la violación de los derechos y garantías consagradas en la *Convención*. Esta posición responde a la jurisprudencia sentada por la Corte Internacional de Justicia en relación con la vigencia de las garantías previstas en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* durante el desarrollo de un conflicto armado, oportunidad en la que la Corte sostuvo: “(...)que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del pacto”⁹.

No hay motivo para no trasladar estas consideraciones a la interpretación del alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política en desarrollo de un conflicto armado, como el que actualmente atraviesa Colombia. En otras palabras, la garantía del derecho a la vida y a la propiedad no impide el uso directo de la fuerza

⁸ CIDH *Abella vs. Argentina*, Informe No. 55/97, Caso 11.137, 18 de noviembre de 1997, párr. 161.

⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996, párrafo 25. Traducción oficial de las Naciones Unidas.

contra un ciudadano que hace parte de un grupo armado organizado al margen de la ley o que participa en directamente en las utilidades, como tampoco prohíbe aquellas acciones militares que pese a sujetarse a los principios de distinción, necesidad, proporcionalidad y protección causan daños a bienes o personas civiles que no resultan excesivos frente a la utilidad militar concreta esperada.

1.3. Sobre el procedimiento legislativo del Proyecto de Ley

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta el momento, es posible afirmar que el Proyecto de Ley bajo examen supone reconocer de la posibilidad de afectar lícitamente el núcleo esencial de derechos fundamentales de primer orden, como es el caso de la vida y de la propiedad de los ciudadanos. En efecto, la iniciativa legislativa no solo admite el uso directo de la fuerza contra los miembros de grupos armados organizados, sino también la posibilidad de desplegar operaciones militares que afecten la vida y bienes de civiles cuando ello resulte necesario y proporcionado frente a la ventaja militar concreta esperada.

Siendo esto así, para el Consejo Superior de Política Criminal considera importante analizar que el presente Proyecto de Ley deba tramitarse conforme al procedimiento previsto para las leyes estatutarias por el artículo 153 de la Constitución, pues la materia que pretende desarrollarse se adecúa al literal a) del artículo 152 de ésta: “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

Al respecto, la Corte Constitucional desde un primer momento precisó que no toda disposición que toque aspectos relativos a un derecho fundamental debe someterse al trámite de una ley estatutaria, pues ello “vaciaría la competencia de legislador ordinario”¹⁰. En consecuencia, únicamente los proyectos de ley que tengan por objeto “desarrollar y complementar” los derechos fundamentales, deben someterse al trámite propio de las leyes estatutarios. Estos conceptos han sido definidos con mayor precisión por la jurisprudencia constitucional en sentencias posteriores. Así, por ejemplo, en sentencia C-891 de 2005, tras la revisión de más de 10 años de jurisprudencia sobre la temática, el tribunal concluyó que la reserva de las leyes estatutarias en materia de derechos fundamentales debe referirse, alternativamente, a:

“i) normas que desarrollan y complementan los derechos ii) que regulan solamente los elementos estructurales esenciales, iii) que regulan de forma directa su ejercicio y también el desarrollo de su ámbito a partir del núcleo esencial definido en la Constitución, iv) que refieran a los contenidos más cercanos al núcleo esencial, v) que regulan aspectos inherentes al ejercicio y principalmente lo que signifique consagrar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, vi) cuando el legislador asuma de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, vii) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado,

¹⁰ Sentencia C-013 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

regulando así la estructura fundamental y los principios básicos, y viii) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos”.

En el caso bajo examen es evidente que el Proyecto de Ley que nos ocupa se encuadra en la mayor parte de los criterios antes enunciados. Adicional a ello, salvo lo concerniente a la regulación integral de un derecho, todas las demás razones que justifican la reserva de ley estatutaria concurren respecto del proyecto analizado. En efecto, la iniciativa legislativa tiene por propósito establecer restricciones a derechos fundamentales de primerísimo orden que comprometen de forma grave su núcleo esencial. Se trata de legitimar –lo que se traduce en el ámbito jurídico-penal, en la no posibilidad de imputación– la lesión a la vida y la propiedad en casos que escapen al ámbito de los supuestos clásicos de la legítima defensa y el estado de necesidad, lo que exige el debate y mayorías propios de las leyes estatutarias.

1.4. Sobre el fuero penal y su relación con el presente Proyecto de Ley

Un argumento recurrente de los representantes de las Fuerzas Militares consiste en señalar que los operadores de la justicia ordinaria investigan y juzgan ignorando los principios que guían el uso de la fuerza en desarrollo de un conflicto armado. Independientemente del fundamento de esta afirmación, lo cierto es que el Proyecto de Ley bajo examen aproxima el conjunto de principios y normas del DIH, convencionales y consuetudinarias, a los jueces y fiscales de la República, garantizando con ello su efectiva aplicación.

Si esto así, la aprobación de la iniciativa legislativa bajo análisis debería conducir al abandono de los proyectos de ley que pretenden la ampliación del fuero penal militar. Sin embargo, paradójicamente, la norma pretende desconocer la doctrina constitucional sobre la materia y asignar a la justicia penal militar el conocimiento de cualquier conducta punible que “guarde un vínculo próximo y directo con el cumplimiento de la función constitucional y legal de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”, de acuerdo con el artículo 44 de Proyecto de Ley en el que se desarrolla el concepto de “relación con el servicio”. Con ello se puede desconocer que las infracciones al DIH y ciertos delitos de especial gravedad no pueden ser objeto de conocimiento por la jurisdicción penal militar, independientemente que se cometan en el contexto espacial y cronológico de las operaciones militares.

Contra lo anterior nada dice el catálogo de delitos excluidos previsto en el artículo 40 del Proyecto de Ley bajo análisis, pues la norma deja por fuera un número considerable de conductas punibles que, conforme a la doctrina constitucional vigente, no podrían ser investigadas o enjuiciadas por la justicia penal militar, como, por ejemplo, el homicidio en persona protegida.

1.5. Sobre la noción de “blanco legítimo”

Desde el enfoque del principio de distinción, reviste gran importancia el desarrollo de las nociones de blanco legítimo y participación directa en las hostilidades. El artículo 10 del Proyecto de Ley establece que los civiles que participan directamente en el conflicto pierden tal calidad y se convierten en blanco legítimo mientras dure su participación, seguidamente, el artículo 11 presenta dos acepciones para la participación directa en las hostilidades:

- Para efectos de este título, por “participación directa en las hostilidades” se entiende la realización de cualquier acto que cause directamente un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública, u otras instituciones del Estado, y tenga un vínculo directo con las hostilidades, en apoyo de un grupo armado.
- También participa directamente en las hostilidades quien realice actos, que tengan un vínculo directo con las hostilidades y que, inequívocamente, tengan la potencialidad de causar un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, en apoyo de un grupo armado.

La implicación jurídica que trae consigo la participación directa en las hostilidades es la pérdida de la protección que prodiga el DIH a los civiles y, en su lugar, la posibilidad de ser sujetos de ataques directos por parte de la Fuerza Pública. Una consecuencia de tal envergadura debe tratarse con más detenimiento, en una regulación específica adicional a los de dos artículos que presenta el Proyecto de Ley, dado que, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, se mantiene una vaguedad que se puede traducir en el riesgo para muchos civiles que habitan en zonas aledañas a los conflictos armados, algunos de los cuales no participan de manera voluntaria en las hostilidades y se ven obligados a realizar actos que fortalecen la capacidad de los grupos armados para hacer daño, o a brindar apoyo de cualquier tipo, pero que no por ello tienen una participación directa en el conflicto armado como se tratará de argumentar a continuación.

Como punto de partida es importante aclarar que ni en los Convenios de Ginebra, ni en sus protocolos adicionales, se define lo que se entiende por participación directa en hostilidades. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que con la expresión “participación directa en las hostilidades” se entiende, en general, “actos que por su índole o finalidad tienen por objeto causar efectivamente daño al personal o material del enemigo”¹¹. Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el*

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia párrafo 811. Disponible en CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen 1: Normas, página 25: “Las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte”. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

*derecho internacional humanitario*¹², ha establecido tres elementos que se deben verificar de manera concurrente para que se constituya dicha noción:

“1. Umbral de daño: Debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en el conflicto. 2. Causalidad directa: Debe existir un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto 3. Nexo beligerante: El propósito del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra.”

Es así como, conforme a la jurisprudencia y doctrina internacional que rige el ámbito de los conflictos armados, no cualquier acto relacionado directamente con las hostilidades da lugar a que los civiles pierdan la protección contemplada por el DIH; es necesario para ello que la realización del acto reúna los criterios enunciados en la guía del CICR.

La definición sobre la participación directa en hostilidades que incorpora el Proyecto de Ley en los artículos 10 y 11, no se encuentra en armonía con estos tres requisitos, y puede minar gravemente el principio de distinción, básico para la garantía de los derechos de la población civil en la conducción de hostilidades. La redacción de los artículos no presenta diferenciación alguna entre el daño militar y cualquier otro tipo de daño, no especifica el umbral de daño que se debe sobrepasar para generar una ventaja militar y no se refiere a la intencionalidad o propósito del actor. Más preocupante aun es la definición de la figura que se concibe en el inciso segundo del artículo 11, ya que no solo no aporta herramientas para diferenciar la entidad del daño sino que además no exige un vínculo directo entre el acto y el daño sino entre el acto y las hostilidades. Sin lugar a dudas muchas acciones de civiles en colaboración con un grupo insurgente pueden tener la potencialidad de causar un daño a la población o bienes civiles o a la fuerza pública, pero lo anterior no conlleva a que exista participación directa en hostilidades y a que estos actores reciban el tratamiento de blanco legítimo.

Para que el acto de los civiles cumpla el umbral de daño exigido, debe conllevar a un daño militar o en su defecto a la probabilidad de causar la muerte heridas o destrucción a las personas o bienes protegidos contra los ataques directos. En estos dos casos solo puede hablarse de participación directa en las hostilidades si, además se cumplen los requisitos de causalidad directa y nexos beligerante¹³.

Como corolario de lo anterior, y teniendo en cuenta que la protección a civiles debe ser una de las principales consignas de cualquier desarrollo del derecho internacional humanitario, el Proyecto de Ley no establece suficientes criterios orientadores que delimiten claramente las nociones de blanco legítimo y participación directa en hostilidades que sean acordes con el principio de distinción y con los parámetros dados por el Comité internacional de la Cruz Roja, lo cual entraña un menoscabo para la protección de los derechos de los civiles en el marco del conflicto armado.

¹² Melzer, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR. 2010.

¹³ *Ibidem*, página 50.

Ahora bien, el artículo 38 de la iniciativa legislativa consagra la ausencia de responsabilidad de las conductas que ejecuta la Fuerza pública en contra de blancos legítimos. Sin embargo, si la definición del blanco legítimo no tiene la suficiente precisión, la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública puede tener dificultades al momento de su determinación, en desmedro de la Administración de Justicia y de los derechos a la verdad, justicia y reparación que tienen las víctimas de los ataques.

1.6. Sobre la responsabilidad del superior

La forma en que está redactado el artículo 32 del Proyecto de Ley bajo examen impide establecer si el legislador optó por una responsabilidad directa por el hecho propio - omitir la supervisión o vigilancia-, tesis adoptada por la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc, o si, por el contrario, consagró una modalidad de responsabilidad indirecta por el hecho de los subordinados, tal como está consagrada la figura de la responsabilidad del superior en el Estatuto de la CPI¹⁴.

Las consecuencias de optar por una u otra opción son especialmente significativas, pues la primera alternativa supone la existencia de un tipo de omisión propia cuya punibilidad y reproche social es sustancialmente inferior que el que supondría la intervención omisiva en el hecho del subordinado. Como argumento a favor de la segunda de las interpretaciones señaladas, puede destacarse que el capítulo II se titula “estructuras de imputación”, además el primer inciso del art. 32 claramente establece que “el superior militar o policial será responsable por la conducta de sus subordinados”. Sin embargo, la posibilidad de imputación a título de culpa frente a delitos de carácter eminentemente doloso, como lo son la mayor parte de los que ocurren en desarrollo de un conflicto armado, parecería reflejar el deseo de consagrar un tipo penal autónomo de omisión propia, cuya punibilidad, valga resaltarlo, queda completamente indeterminada.

Teniendo en cuenta lo anterior, subsiste la pregunta sobre la necesaria la incorporación de la figura de la responsabilidad del superior en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que, cuando menos desde la vigencia de la ley 599 de 2000, tiene plena vigencia la cláusula que equipara el injusto de la acción y de la omisión –art. 25 CP.-. En otras palabras, la incorporación de la figura de la responsabilidad del superior poco aporta a la dogmática de la comisión por omisión desarrollada desde hace más de una década en el país, y conforme a la cual quien detenta el deber de evitar un resultado típico es considerado como auténtico autor, quien sea doloso o culposo, de dicho resultado cuando omite la acción que demanda su rol hallándose en posibilidad de ejecutarla¹⁵.

¹⁴ Cf. GARROCHO, Ana. La responsabilidad por omisión del superior: Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo, en: *Intervención delictiva y derecho penal internacional*. AAVV, Madrid, 2013.

¹⁵ A estos dos elementos, existencia del deber jurídico de actuar y posibilidad material de ejecutarlo, habría que adicionar el requisito de la causalidad hipotética para sostener la responsabilidad en comisión por omisión. Cf.

1.7. Algunos comentarios sobre el delito de ejecución extrajudicial, la definición de “grupo armado”

En relación con la creación de un nuevo tipo penal, el Consejo Superior de Política Criminal invita a la reflexión sobre su misma necesidad. Lo anterior, considerando que existen puntos de entrada al conocimiento del sistema de penal de las hipótesis delictivas que se describen en el nuevo tipo, por ejemplo, bajo la tipicidad del homicidio en persona protegida y del homicidio agravado.

En la afirmación anterior no se desconoce las dificultades que se han venido presentando para la tipificación de determinadas situaciones que se enmarcan bajo el concepto de “ejecución extrajudicial”; se resalta, más bien, la idea de que, mirado en su conjunto, el Proyecto de Ley ofrece suficientes argumentos, reglas y razones para contribuir a una mejor y más correcta interpretación de los tipos penales ya existentes. En tal sentido, un nuevo tipo penal, que repite en algunas ocasiones elementos ya existentes, crearía un conflicto de interpretación aún mayor y, por esta vía, se mueve a contracorriente del sentido general del Proyecto de Ley mismo, de establecer reglas claras y armonizadas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública.

| HOMICIDIO AGRAVADO | HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA | EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL ¹⁶ |
|---|---|---|
| <p>La pena será de <u>cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión</u>, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:</p> <p>(...)</p> <p>7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.</p> <p>(...)</p> <p>9. <u>En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.</u></p> | <p>El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de <u>cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.</u></p> <p>La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de</p> | <p>El agente del Estado que en ejercicio de sus funciones matare a una persona fuera de combate incurrirá en prisión de <u>treinta y tres (33) a cincuenta (50) años, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.</u></p> <p>Se entenderá que está <u>fuera de combate</u>, siempre que se abstenga de todo acto hostil, toda persona que:</p> <ol style="list-style-type: none"> Esté en poder del agente del Estado; <u>Esté inconsciente, haya</u> |

PERDOMO, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal colombiano*. Universidad Externado de Colombia, 2001.

¹⁶ Con doble subrayado se resaltan las coincidencias con el homicidio agravado y con subrayado sencillo, las coincidencias con el homicidio en persona protegida.

| | | |
|--------------|--|---|
| <p>(...)</p> | <p>ser mujer.</p> <p>PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. <u>Los heridos, enfermos o naufragos puestos fuera de combate.</u> 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, <u>rendición</u> u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse. | <p><u>naufregado o esté herida o enferma</u>, y no pueda por ello defenderse, o</p> <p>c. <u>Que se haya rendido</u> a través de manifestaciones inequívocas y dejado las armas.</p> <p>Incurrirá en la misma pena el agente del Estado que con ocasión del ejercicio de sus funciones matare a una persona civil puesta previamente con dicha finalidad en estado de indefensión, o bajo engaño.</p> |
|--------------|--|---|

Ahora bien, en caso de que se desestime la objeción general planteada sobre la necesidad de un nuevo tipo penal, el Consejo Superior de Política Criminal considera importante que se revise también la expresión “siempre que se abstenga de todo acto hostil”, de tal modo que se reconozca en éste un acto específico que tenga directa conexión con la hostilidades. Por último, es necesario corregir el número del artículo, dado que en la actualidad no existe en la Ley 599 de 2000 el artículo 104-A, y el artículo 42 del Proyecto de Ley señala que “Se adiciona un artículo 104B a la Ley 599 de 2000 que quedará así”.

Por último, en relación con la definición de “grupo armado” contenida en el artículo 8 del Proyecto de Ley, ésta no corresponde exactamente con la definición, por ejemplo, del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, específicamente en relación con el elemento territorial. Por tal motivo, el Consejo Superior de Política Criminal exhorta a la revisión de la definición propuesta, de tal manera que sobre ella haya la mayor claridad posible.

Conclusión

Como comentario final queda reiterar la apreciación general que se realizó líneas arriba, señalando que el proyecto de ley bajo examen, salvo las objeciones concretas y desarrolladas en los siete puntos, es una buena oportunidad de positivizar y desarrollar las normas consuetudinarias del DIH aplicable a los conflictos armados internos, así como para concretar su contenido frente a las situaciones de mayor ocurrencia en el escenario nacional. Además, contribuye en casi todas las ocasiones a ofrecer claridad para la interpretación de los principios de esta rama del derecho internacional y facilita su aplicación frente a situaciones particulares.

Elaboro y Consolido: Ricardo Antonio Cita Triana

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal