

REVISTA **EL DEFENSOR**

Edición #53

ABRIL



EL CONTENIDO DE ESTA REVISTA ES UN EXTRACTO DE LEYES Y JURISPRUDENCIA CON FINES INFORMATIVOS. SOBRE EL PARTICULAR USTED ENCONTRARÁ UN ANÁLISIS Y SU RESPECTIVA CONCLUSIÓN.



CORPORACIÓN DEFENSORÍA MILITAR

El presente material ha sido elaborado con el propósito de ser utilizado en el desarrollo de la barra jurídica unificada de la Corporación Defensoría Militar, abarcando temas de interés y actualidad jurídica. Se sugiere leer las generalidades aquí expuestas. Es importante resaltar que el contenido propuesto tiene un carácter académico e informativo, con el objetivo de fomentar el análisis crítico en el espacio de reflexión en el que se desarrolle. Es preciso aclarar que lo aquí expuesto no representa posición corporativa alguna.



Boletín bimensual DANPRO
Edición N° 53
ABRIL 2024



Cr.(r) Mario Gutiérrez Rubio
Director de la Corporación Defensoría Militar

Dra. Diana Cubides Wilches
Dirección de capacitación, análisis y prospectiva

Equipo

Gendiyi Suray Dalel Sastoque
Leonardo Páez Nova
Daniela González Sáenz
Juan Daniel Mora Herrera
Daniel Camilo Guerrero
Sharon Gabriela Chavarro Ospina
María Carolina Guarín Rojas

Jurisdicción Especial para la Paz **pág. 2**

**Los TOAR como parte del Régimen de
Condicionalidad Estricto**

Dra. Gendiyi Suray Dalel Sastoque - Abogada Investigadora

Derecho Operacional **pág. 7**

La omisión en la responsabilidad del superior

Dra. Daniela González Sáenz - Abogada Investigadora

Derecho Internacional Penal **pág. 11**

**Artículo 8 del Estatuto de Roma:
Crímenes de Guerra**

Dr. Daniel Camilo Guerrero Gutiérrez - Abogado Investigador

**Í
N
D
I
C
E**

Dirección: Calle 20c # 44 - 30

Teléfono: 390 7300

Contacto:

www.defensoriamilitar.org

danpro@defensoriamilitar.org



Los TOAR como parte del Régimen de Condicionalidad Estricto

Gendiyi Suray Dalel Sastoque

Desde hace varias ediciones de la revista El Defensor, se vienen abordando una serie de temas y conceptos que resultan relevantes para quienes comparecen ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), y que no fueron seleccionados como máximos responsables por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR).

Haciendo un recuento, se tiene que, la definición de la situación jurídica de los comparecientes no seleccionados o evidentemente no seleccionables por la SRVR, es facultad de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), la cual podrá:

- i. seleccionar a los partícipes no determinantes que hagan aportes insuficientes a la verdad y no reconozcan responsabilidad para remitirlos al trámite adversarial, o
- ii. resolver mediante la concesión de mecanismos definitivos y no sancionatorios, siempre y cuando el compareciente cumpla con el Régimen de Condicionalidad Estricto (RCE).

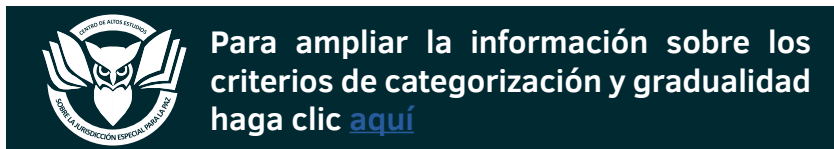
Tal como lo ha explicado la Sección de Apelación¹, el RCE se materializa en el cumplimiento del Régimen de Condicionalidad General (RCG) y de condiciones especiales que realzan las obligaciones de aportar a la verdad, reparar y garantizar la no repetición, lo cual puede incluso coincidir con la realización de Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador y Restaurador (TOAR) que sean impuestos como sanciones propias, en los que la JEP ha

1. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sección de Apelación. Sentencia interpretativa TP-SA-Senit 5 de 2023. 17, mayo, 2023. Disponible en Internet: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/Sentencia-Interpretativa_TP-SA-SENIT-05_17-mayo-2023.pdf

avanzado con la puesta en marcha de su sistema restaurativo², que ejecuta siete líneas de proyectos buscando garantizar los derechos de las víctimas, su reparación, la reconstrucción del tejido social y el acceso a la justicia transicional.

En este sentido, la SDSJ³ fijó criterios para la vinculación de comparecientes a los TOAR con el fin de que aquellos den cumplimiento al RCE, que abrirá la puerta a la obtención de beneficios jurídicos de carácter definitivo.

De manera que, para determinar el nivel de los aportes exigibles o las obligaciones a imponer en materia de reparación a cada compareciente, y categorizar su responsabilidad en mayor, media o menor, la SDSJ consideró que es relevante tener en cuenta como criterios: la gravedad de las conductas cometidas por el compareciente, su nivel de participación/rol desempeñado en cada una de las conductas cometidas, el número de hechos o conductas delictivas de competencia de la JEP que se le atribuyen, el número de unidades militares diferentes en las cuales cometió hechos o conductas delictivas de competencia de la JEP, las características individuales del compareciente, el número y características específicas de las víctimas de cada hecho o conducta cometida, la situación jurídica en la justicia ordinaria y la disponibilidad de evidencia que comprometa la responsabilidad del compareciente. Aunado a esto, la SDSJ precisó los **criterios de gradualidad menor y mayor**, que en su consideración permitirán de manera objetiva la individualización y dosificación del término de cumplimiento de los TOAR anticipados y actividades reparadoras dentro de los mínimos y máximos establecidos en la categorización.



En línea con lo expuesto, es menester recordar que a efectos de la definición de la situación jurídica de los comparecientes que integraban las unidades militares priorizadas en los territorios de la Costa Caribe, Catatumbo y Casanare, la SDSJ⁴ ha creado y conformado las Subsala Especial de Conocimiento y Decisión, las cuales, en el marco de sus facultades han adoptado decisiones consistentes en vincular formalmente a comparecientes a las diferentes líneas de proyectos del sistema restaurativo.

Así por ejemplo, la Subsala Especial de Conocimiento y Decisión Costa Caribe, en aplicación de la Resolución 3479 de 2023, mediante la Resolución 3969 de 2023 fijó para nueve comparecientes que no fueron ni serán incluidos en la Resolución de Conclusiones del Subcaso Costa Caribe, el término de reparación inmaterial según el grado de responsabilidad y los vinculó formalmente al proyecto de TOAR denominado “Restaurándonos”, que tiene como objetivo “[d]iseñar [sic] e implementar acciones que contribuyan a la restauración del tejido social a través de actividades de restauración de ecosistemas como estrategia piloto

2. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. Volante sistema restaurativo version2 [en línea]. Bogotá: [s.n.]. 2 p. [Citado el 12, marzo, 2024]. Disponible en Internet: <<https://www.jep.gov.co/sistemarestaurativo/volante.pdf>>.
3. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución No. 3479. 19, octubre, 2023. Disponible en Internet: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/Resoluci%C3%B3n%20SDSJ-3479_19-octubre-2023.pdf
4. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución No. PSDSJ No. 003 – 2023. Disponible en Internet: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/Resoluci%C3%B3n%20SDSJ-003_18-abril-2023.pdf

*exploratorio para el desarrollo de TOAR y sanciones propias, en áreas degradadas en el corredor Chingaza – Sumapaz, con acciones tempranas en predios priorizados para su restauración en el distrito capital”.*⁵

Cabe resaltar que la Subsala fue enfática en señalar que su decisión no constituye una atribución definitiva del nivel de responsabilidad de los comparecientes; lo que, sin dudas, deja en vilo la seguridad jurídica de la categorización del compareciente y pone a aquel en estado de indeterminación, puesto que en el futuro podrá atribuírsele un grado de responsabilidad diferente y en consecuencia modificar el término de participación en la reparación y restauración.

Llama igualmente la atención el hecho de que cuando un compareciente no pueda agotar la totalidad de su tiempo en el TOAR al que es vinculado y de no existir otra oferta institucional, deberá la SDSJ evaluar el cumplimiento del régimen de condicionalidad de manera *integral* sin que se hayan fijado criterios normativos para ello, viéndose en peligro la materialización de las obligaciones de reparación en agravio frente a los derechos de las víctimas y la definición de la situación jurídica del compareciente; más aún cuando no se debería pasar por alto que conforme al artículo 38 de la Ley 1957 de 2019, es función del Gobierno Nacional promover y poner en marcha “las medidas necesarias para facilitar que quienes cometieron daños con ocasión del conflicto y manifiesten su voluntad y compromiso de contribuir de manera directa a la satisfacción de las víctimas y de las comunidades, lo puedan hacer mediante su participación en acciones concretas de reparación”, por supuesto sin desconocer el compromiso de los comparecientes de contribuir a la reparación de las víctimas y la restauración del tejido social.

Así mismo, se advierte que la Subsala aplicó una *interpretación moderada* para cambiar la forma en que la Resolución 3479 de 2023 contempla que se debe dosificar el tiempo de vinculación a los TOAR, de manera que, no partió del mínimo de la categoría para movilizarse hasta el máximo, sino que se ubicó en el punto medio de la categoría desde allí incrementó o disminuyó el tiempo de vinculación de acuerdo con los criterios de gradualidad.

Similar decisión fue adoptada por la Subsala Especial de Conocimiento y Decisión Catatumbo, que mediante Resolución 3891 de 2023⁶, estableció para doce comparecientes el término de reparación según el grado de responsabilidad y los vinculó al mismo TOAR “Restaurándonos”, privilegiando así el manejo colectivo de comparecientes ante la SDSJ en un mismo RCE.

De esta decisión llama la atención, que los magistrados al referirse a la determinación de la participación temporal en los TOAR, ponen de presente los criterios fijados en la Resolución 3479 de 2023 y afirman que se encuentran “*en línea con lo dispuesto por artículo 19 de la Ley 1957 de 2019*”⁷, que por el contrario se refiere a los criterios de selección que aplicarán la SRVR y la SDSJ para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos.

5. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución 3969 de 2023. Disponible en Internet: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/3/3/Resoluci%C3%B3n_SDSJ-3969_29-noviembre-2023.pdf

6. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Especial de Conocimiento y Decisión Catatumbo. Resolución 3891 de 2023. Disponible en Internet: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/3/3/Resoluci%C3%B3n_SDSJ-3891_24-noviembre-2023.pdf

7. *Ibíd.* p. 18.

Igualmente resulta importantísima la explicación dada por la Subsala en esta resolución, en cuanto a que la decisión está precedida de reuniones informativas con los comparecientes, quienes pudieron conocer las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se llevará a cabo el proyecto y manifestaron su voluntad de hacer parte de aquel, para así cumplir con sus obligaciones de reparación, construyendo progresivamente el camino que conducirá a la resolución definitiva de su situación jurídica.

Al igual que en la decisión de Subsala Especial de Conocimiento y Decisión Costa Caribe, en esta resolución se enfatizó en que no es un pronunciamiento definitivo sobre el nivel de responsabilidad atribuible a cada compareciente, pero aún más precisos fueron los magistrados al señalar que tampoco es pronunciamiento definitivo respecto de *“la totalidad de las obligaciones que les serán exigibles en materia de verdad, reparación y no repetición para efectos de obtener beneficios por parte de la JEP. Por el contrario, tales pronunciamientos definitivos serán objeto de un análisis posterior, en el cual se tendrán en cuenta entre otros asuntos, y de manera primordial, las observaciones de las víctimas”*; lo anterior, reafirma la inseguridad jurídica e indeterminación en que se encuentran los comparecientes ante estas Subsalas.

Es importante anotar, que la Resolución 3479 de 2023 sugiere los parámetros de categorización – mayor, media y menor – y para cada uno propone unos ejemplos; razón por la cual se advierte que los parámetros fijados se pueden analizar integralmente, de manera conjunta y complementaria, en cada caso concreto y no necesariamente apegándose a las propuestas y ejemplos de la SDSJ. Así, por ejemplo, en la Resolución 3891 de 2023, se categorizó en responsabilidad mayor a un compareciente que no ostenta un rango militar medio o alto, de quien no se señala su nivel de formación académica y a quien, según lo descrito, no se le reprocha la comisión de las conductas punibles en un número plural de unidades militares, apartándose por completo del ejemplo puesto por la SDJS.

Es también relevante de la decisión, que la Subsala respecto de los comparecientes categorizados en responsabilidad mayor y media, no hizo un análisis estricto de dosimetría, señalando que el mínimo de vinculación en aquellas categorías es de 4 y 6 meses respectivamente, por lo que se limita a ordenar la vinculación de los comparecientes al tiempo total del TOAR “Restaurándonos”, que es de 5 meses, pero que en tiempo efectivo lo calcula en 3 meses.

8. *Ibíd.* p. 21.

9. Ver página 16 de la Resolución 3479 de 2023.

CONCLUSIONES

Los comparecientes cuyas conductas se ajustan al criterio temporal o de unidad militar analizado en los Autos 029, 040 y 055 de 2022 proferidos por la SRVR, que no han sido seleccionados por dicha Sala, y aquellos que estuvieron en los macrocasos pero que no fueron incluidos en la Resolución de Conclusiones, deberán cumplir ante la SDSJ con el RCE y para agotar sus obligaciones en pro de los derechos de las víctimas, la sociedad y los fines de la JEP, podrán vincularse a la oferta institucional de proyectos reparadores y restauradores.

Al respecto, la SDSJ está profiriendo a través de sus Subsala Especial de Conocimiento y Decisión, resoluciones en las que se categoriza a los comparecientes para asignarles un grado de responsabilidad, según el cual se establece un tiempo mínimo y máximo de participación en los Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador y Restaurador y se aplican criterios de gradualidad para fijar el término de participación en los mismos.

Es importante que los comparecientes participen de proyectos de reparación, de cara a sus obligaciones para con los derechos de las víctimas y pretensiones de acceso y mantenimiento de mecanismos no sancionatorios como forma de definición de su situación jurídica.



La omisión en la responsabilidad del superior

Daniela González Sáenz

Recientes decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) han sido desarrolladas de forma tal que tienen una incidencia directa en la figura del comandante, esta situación representa un aspecto de especial interés dentro de las Fuerzas Militares (FFMM) debido a la estructura piramidal, propia de las instituciones castrenses, específicamente frente a la responsabilidad del superior jerárquico.

Para abordar lo anterior, debe partirse de lo consagrado en el artículo 28 del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) “(...) *el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados (...)*”; dicha norma prevé la responsabilidad del superior jerárquico como causal de responsabilidad penal y deviene en el principio del derecho internacional del mismo nombre.

En Colombia, dicha figura fue adoptada bajo la concepción de la responsabilidad del mando consagrada en el artículo transitorio 241 del acto legislativo 01 de 2017; siendo aplicable para las conductas cometidas en relación o con ocasión al conflicto armado colombiano, consideradas como graves violaciones al DIDH o graves infracciones al DIH y cometidas antes del 1 de diciembre de 2016, conforme a la temporalidad señalada para intervención

1. **Artículo transitorio 24. Responsabilidad del mando.** Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. (...)

por parte de la Jurisdicción. La mencionada figura, aunque guarda identidad con los elementos previstos en el artículo 28 del ER, presenta algunas diferencias en su desarrollo interno. En concordancia con lo anterior, las disposiciones y alcances particulares de lo perceptuado en el artículo 28 del ER, el cual desarrolla internacionalmente la figura, son aplicables residualmente en caso que la CPI ejerza competencia frente a una persona.

Respecto de esta, es importante señalar que su concepto abarca un alcance extenso dentro del cual se contempla la existencia de dos tipos de responsabilidad con base en la calidad que ostenta el superior, siendo estos militar o civil. La responsabilidad del superior militar ha sido concebida por la doctrina y la norma como aquella atribuible a un jefe o persona que actúe como tal en virtud al ejercicio del control efectivo sobre tropas bajo su mando y/o autoridad, dentro de las cuales sus efectivos hayan incurrido en la comisión de crímenes; esta tipología de responsabilidad encuentra sustento en el literal a) del artículo 28 del ER. De otra parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) evocando el literal b) del artículo 28 precitado, analiza la existencia de responsabilidad por parte de un superior civil a partir de tres elementos esenciales; conocimiento, responsabilidad y ausencia de medidas.

Un aspecto fundamental que se encuentra contemplado en la responsabilidad para cualquiera de estos dos tipos de superiores, y el cual podría considerarse como uno de los más incidentes en las decisiones de la JEP frente a Fuerza Pública que suscitan el presente análisis, es el de la omisión. La omisión parte de un concepto cuya concepción ontológica se remonta al género no hacer, donde las conductas no realizadas son previstas como negativas analizadas desde un juicio axiológico²; dicho juicio de reproche es trascendental en la responsabilidad del superior militar ya que a partir de este podría decirse se le endilgan obligaciones puntuales al comandante en razón a su posición.

En materia penal, los tipos omisivos se encuadran dentro de normas prescriptivas entendidas estas como aquellas por medio de las cuales se establecen las acciones que deben de realizarse³ y en caso contrario, se estaría ante un escenario de inobservancia de la conducta lo cual traduce en la configuración de omisión al cumplimiento del deber.

Operacionalmente, cobra especial relevancia lo preceptuado en el Manual Fundamental de Referencia 6-27 (MFRE 6-27) donde se aborda el concepto de la responsabilidad del comandante militar desde tres esferas; penal, administrativa y penal internacional. En cada una de estas tres se atribuyen conductas que debe realizar el comandante militar en el marco de sus funciones propias, para con sus subordinados.

En concordancia con lo anterior, podría considerarse que en el mismo sentido esas acciones atribuidas a los comandantes son conductas prescriptivas y por lo tanto el incurrir en su omisión podría suscitar en una responsabilidad para estos al considerarse actividades perentorias en razón a su cargo e inclusive ligándolo con la posición de garante que ostentan las FFMM en el marco del Estado social de derecho⁴.

2. Gimbernat, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, 1987. p. 579. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46309.pdf>

3. Universidad de Navarra. "Concepto de omisión en Derecho Penal". Delictum. 2017, p. 1. Disponible en: <https://www.unav.edu/documents/19644033/26859897/N61.pdf>

4. Ejército Nacional. Manual Fundamental del Ejército (MFE) 3-0, Operaciones. Situación en que se encuentra una persona en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. Ver también: Sentencia SU 1184 de 2001.

Dicho manual (MFRE 6-27) contempla la omisión en los siguientes términos “*Se presenta omisión cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado y no se realiza ninguna acción para evitarlo, pudiendo hacerlo.*”⁵, y lo relaciona con la figura de la responsabilidad del superior como el “*incumplimiento de las obligaciones de impedir que las tropas bajo su mando infrinjan normas del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”⁶.

Podría decirse que dentro de los planteamientos del MFRE 6-27, la conducta omisiva del comandante militar se encontraría en la falta de toma de medidas que impidieran la configuración, por parte de las tropas a su mando, de conductas que infrinjan el DIH o vulneren el DIDH; sin embargo, si normativamente se tiene contemplado el principio de jerarquía al interior de las Fuerzas⁷, y asimismo, desde la Doctrina Damasco se ha concebido el mando tipo misión como un modo de desarrollar las operaciones donde a partir de la confianza depositada en las tropas y el conocimiento de su entrenamiento, se les permite tomar algunas decisiones ante situaciones impredecibles que se susciten en el teatro operacional en el marco de la ejecución de una operación⁸, sería oportuno reflexionar en torno ¿cómo puede el superior jerárquico militar tener control pleno de todas y cada una de las actuaciones de sus filas? ¿con qué medios de prueba se debe contar para aseverar que la conducta del comandante fue omisiva bajo este planteamiento?

Ante las anteriores situaciones, se cuestiona uno de los aspectos probablemente de mayor controversia en la conducta omisiva dentro de la responsabilidad del superior jerárquico militar a lo largo de la historia y es el probatorio; y es en este punto donde el caso del General Tomoyuki Yamashita (1946) por medio del cual se le fue acusado por los actos de las tropas bajo su mando en la ‘Masacre de Manila’, adquiere especial relevancia.

Para la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el General Yamashita tenía el deber irrestricto de ejercer un control efectivo y adecuado sobre las conductas de sus subordinados en virtud a su posición de comandante, y, por lo tanto, el accionar ilegítimo de las tropas donde se dio muerte y tortura a más de 700.000 civiles en la ciudad de Manila, le es atribuible⁹.

Sin embargo, ante esta afirmación que devino en la condena y ejecución de Yamashita, existe un sinnúmero de cuestionamientos debido al débil acervo probatorio que demostrase su mando y control efectivo sobre las tropas, y así lo alegó la defensa del General arguyendo la ruptura de comunicaciones entre el mando central y las tropas que ejecutaron las conductas

5. Ejército Nacional. Manual Fundamental de Referencia (MFRE) 6-27, Derecho Operacional Terrestre, 2017. p. 95.

6. *Ibíd.*, p. 100.

7. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1790. (14, septiembre, 2000). Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Diario Oficial 44.161. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1790_2000.html#TITULO%20I

8. Centro de Doctrina del Ejército – CEDOE. Compendio de Manuales Fundamentales del Ejército, Doctrina Damasco, 2017. p. 48.

9. “Ignorar y omitir ilegalmente realizar su deber como comandante de controlar las operaciones de miembros de su comando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros altos crímenes contra el pueblo de los Estados Unidos y de sus aliados y dependencias, en particular, las Filipinas.” Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Caso Yamashita, 1946. p. 3. Citado por Cardona Rentería, Yira Wendy. Responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública a partir del control efectivo en Colombia. Bogotá, 2016, p. 11. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Público Militar). Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17233/CardonaRenteriaYiraWendy2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

reprochables, por la dinámica misma de la guerra, lo cual evidencia que el mismo no pudo haber emitido órdenes que propiciaran la masacre ni su conocimiento de la consumación de la misma.¹⁰

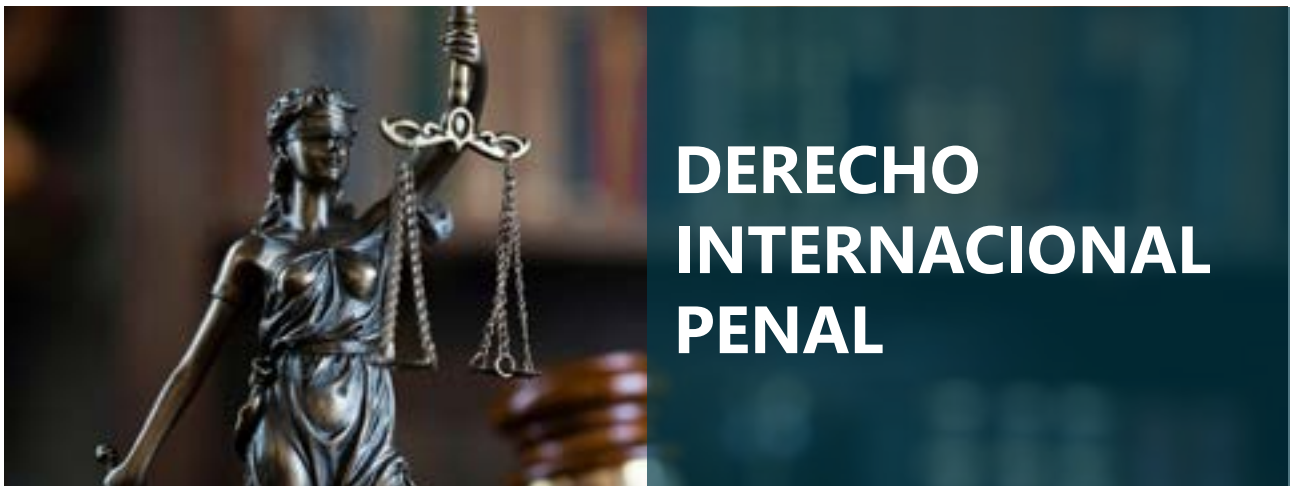
Ante lo anterior, se estima amerita especial atención el estándar de prueba bajo el cual será analizado el actuar omisivo del superior jerárquico militar, toda vez que no en todos los casos es plena y abiertamente demostrable probatoriamente que el comandante tuviere pleno conocimiento (potencial o efectivo) del actuar delictivo de sus tropas y aún así presentare una conducta encaminada hacia la no toma de las medidas razonables y necesarias que permitieran impedir, frenar o sancionar los hechos, y por el contrario, se suscitase un ambiente de permisividad frente a los mismos.

CONCLUSIONES

La responsabilidad del superior jerárquico militar se encuentra contemplada tanto en normatividad nacional como internacional, por medio de la cual se le atribuye a estos las conductas ilícitas cometidas por las tropas bajo su mando y control efectivo, debido a la falta de atención a la toma de medidas adecuadas que evitaran, interrumpieran o sancionaran su comisión, esta inobservancia podría encuadrarse dentro de un tipo omisivo, de acuerdo a lo contemplado en el MFRE 6-27.

Sin embargo, probatoriamente es debatible la demostración plena de, entre otros aspectos, el control efectivo material por parte del comandante respecto de las conductas reprochables cometidas por sus subalternos, de acuerdo a su nivel de jerarquía y dinámicas propias del conflicto, así como de su conducta omisiva frente a las mismas.

10. Loc. Cit.



Artículo 8 del Estatuto de Roma: Crímenes de Guerra

Daniel Camilo Guerrero Gutiérrez

El siglo XX trajo consigo los conflictos más violentos que la humanidad haya visto jamás. Desde el primer cuarto, con la Primera Guerra Mundial desatada en Bosnia-Herzegovina –incluso antes, con el enfrentamiento griego al Imperio Otomano– hasta el último (irónicamente también en los Balcanes) con la disolución de la ex Yugoslavia, ríos de sangre han corrido a lo largo del globo muchas veces con una causa política y muchas otras sin ninguna otra más que los intereses de unos pocos. Ello ha conllevado a que como humanidad tengamos una reflexión respecto a lo fundamental, a lo que refiere a los grupos sociales y a las normas que no pueden entender alteración de su contenido o acuerdo en contrario. Tomando desde las raíces a Platón y su entendimiento de que la guerra puede llegar a ser una realidad inevitable –y en cierto sentido, necesaria– ya que somos tan propensos al conflicto y al litigio como a gobernantes irascibles que tomen las peores decisiones, abogar por una paz que dure para siempre puede ser un idilio que intente ver la realidad que ante los ojos se presenta. Y por ello Kant, en su *Paz perpetua* (1795) instauró sus famosos tres preliminares, de los cuales el derecho internacional abogó y se apropió del segundo: el de los derechos humanos. De ese modo, desde inicios de siglo empezaron a construirse bloques para poder hacer frente a los crímenes de guerra, tan atroces estos, gestándose las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, las primeras declaraciones modernas de “leyes de guerra”, seguido casi medio siglo después por la terminación de las Convenciones de Ginebra, que venían desarrollándose desde 1864.

Con ese panorama entramos al nuevo siglo, que vio como de tales disposiciones se erigía la Corte Penal Internacional (CPI) como un tribunal permanente en la ciudad de La Haya dispuesto a ser complementario respecto a las jurisdicciones nacionales que juzgaría los crímenes de guerra, entendidos en su definición como: Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, otras violaciones

graves de las leyes aplicadas en conflictos internacionales y las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, en el caso de que el conflicto armado sea de índole no internacional [Estatuto de Roma, artículo 8 (1), (2)(a)(b)(c)].

La primera parte del artículo 8 reza que *“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”* (subrayado fuera de texto). Sin embargo, esa expresión *“en particular”*, de acuerdo a interpretaciones que ha hecho la CPI, le permite eventualmente conocer de crímenes que no reúnan esas características necesariamente.

El tipo objetivo de los crímenes de guerra

Respecto a estos crímenes, el Estatuto de Roma (ER) ha dispuesto en sus artículos 4 y 5 que la jurisdicción de la Corte se limita materialmente a los crímenes más graves, aquellos trascendentes para la comunidad internacional en su conjunto, mas ello tiene también unos límites entre categorías y no todas las acciones en esta se encuadran. Los criterios elegidos por los redactores del ER, según Robinson y Von Hebel (1999) fueron los siguientes:

- i. Que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiera alcanzado el status de costumbre internacional y por tanto vinculase a todos los Estados miembros de la comunidad internacional.
- ii. Que al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese; su violación diera lugar a responsabilidad penal individual de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario.
- iii. Que dicha violación entrañase a priori la gravedad suficiente.

Esto deja entrever que, si bien el Estatuto no contempla todas las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados y que dan lugar a responsabilidad penal individual, en 1998 los comportamientos del art. 8 ya daban lugar a una responsabilidad, de acuerdo al derecho consuetudinario de los conflictos armados. Por ello mismo, los elementos contextuales materiales son tan sólo dos:

- i. Que el crimen se desarrolle en el contexto de un conflicto armado
- ii. Que esté relacionado con el conflicto armado

Como una laguna jurídica, el Estatuto de Roma no ha definido qué se entiende por un conflicto armado bien sea de carácter internacional o no internacional, otorgándole la misión de desarrollar dicho concepto a la CPI. El primer acercamiento que se dio fue referido en el caso Tadić, del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, en el que la Sala de Apelaciones definió el conflicto armado como: “el recurso a la fuerza armada entre Estados o la utilización prolongada de la violencia entre un Estado y un grupo armado organizado, o entre grupos armados organizados” (TPIY, Caso Duško Tadić, Sala de Apelaciones). Asimismo, tampoco se ha definido qué se entiende por “en el contexto de un conflicto armado”, más la Corte ha mencionado (en la misma decisión de Tadić) que el derecho internacional humanitario se aplica en todo el territorio de los Estados en conflicto, o bajo el control de las partes en conflicto, desde el inicio de las hostilidades y, más allá de su cese, hasta la conclusión de

un acuerdo de paz o de un arreglo pacífico de la controversia. La Corte fue enfática en que pondrá el acento en los crímenes más que en el hecho de si fueron en medio del combate, en el hecho de si tienen una relación cercana con las hostilidades en cuestión.

El elemento subjetivo

En cuanto al elemento subjetivo en el crimen de guerra, los casos deben ser abordados particular e individualmente, ya que podría llegar a variar según el crimen específico. En un plano general, es de conocimiento que para imputar una responsabilidad penal es suficiente con el conocimiento de las circunstancias en las que se fundamentan los juicios de valor que dan lugar a los crímenes per se (Eser, 2002).

Es decir, los crímenes de guerra requieren que el autor tenga el conocimiento o la intención de que su actuar va en contra de las leyes y costumbres internacionales dispuestas para la guerra. Así, por ejemplo, quien asesina a un prisionero de guerra debe conocer o tener la intención de que su conducta está orientada a cumplir tal fin, más no pasa lo mismo con crímenes como el genocidio. En este, es menester que quien lo ocasiona tenga la intención o el conocimiento de que con su actuar está destruyendo total o parcialmente a un grupo por razón de su religión, etnia, nacionalidad o raza. Este conocimiento o intención es fundamental a la hora de la atribución de responsabilidad, pues es la base desde la cual se empieza a construir la teoría del delito del crimen de guerra.

Así, conforme a interpretación del Estatuto de Roma, en términos generales es suficiente ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado o de que la persona carga con dicha protección.

Personas y bienes protegidos en Crímenes de Guerra

En el Estatuto de Roma se individualizaron elementos relativos a personas las protegidas por el DIH, que imputará todos los crímenes cometidos contra:

- i. Personas u objetos protegidos por cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.
- ii. Personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa.
- iii. Personas u objetos protegidos por la norma del derecho internacional de los conflictos armados cuya violación haya sido tipificada en el art. 8.2 (b) y (e) como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados de carácter internacional o de carácter no internacional.

Son entonces personas protegidas, siguiendo las cuatro Convenciones de Ginebra:

- Enfermos, heridos, náufragos, personal religioso y personal sanitario de las fuerzas armadas que haya caído en poder del enemigo (Convenciones de Ginebra I y II)
- Prisioneros de guerra que se encuentren en poder del enemigo (Convención de Ginebra III)

- Población y personas civiles en poder de una parte contendiente o de una potencia ocupante de las que no son súbditas, excepto nacionales de neutrales o co-beligerantes con representación diplomática en el Estado en cuyo poder se encuentren (Convención de Ginebra IV).

En ese sentido, los bienes protegidos en este mismo contexto serán:

- Bienes en posesión de enfermos, heridos, náufragos, , personal sanitario, prisioneros de guerra, civiles en territorio extranjero y civiles en zona de ocupación (Convenciones de Ginebra I, II, III y IV)
- Unidades y transporte sanitario (Convenciones de Ginebra I y II)
- Bienes en zona de ocupación (Convención de Ginebra IV)
- Objetos religiosos y lugares de culto (Convención de Ginebra III)
- Bienes culturales como monumentos históricos (Convención de Ginebra I)
- Bienes de propiedad privada –exceptuando los casos de extrema necesidad militar–. (Convenciones de Ginebra I, II y III)

Autoría y participación punible en la comisión de crímenes de guerra

El ER no otorga responsabilidad penal individual por actos preparatorios de los delitos sobre los que la Corte no tiene jurisdicción (como conspiración o provocación), solamente contempla supuestos de instigación directa y pública a cometer genocidio, como lo indica su art. 25 (e). Únicamente es atribuible la responsabilidad penal individual desde que se inicia la fase de ejecución del tipo objetivo del crimen de guerra. Ya iniciada esa fase, el ER centrará la responsabilidad penal tanto en la tentativa como en el caso de que el crimen llegue a consumarse –a menos que se desista, pero debe cumplir con los requisitos del art. 25.3 (f) ER–.

Este mismo artículo, el 25.3, distinguirá entre formas de autoría y de participación en los crímenes de guerra (desprendiéndose así de la teoría monista de la autoría que propagan algunos países europeos). En la autoría, se contará con la directa, la mediata y la co-autoría, como indica el numeral (a); todas fundamentadas en la teoría penal del dominio del hecho. Por su parte el art. 28 del ER desarrolla la responsabilidad de superiores militares y jerárquicos por crímenes cometidos por sus hombres a cargo.

CONCLUSIONES

Todas las grandes ideas humanas parten fruto de una reflexión. El habernos matado por tantos siglos sin pudor alguno sólo hizo que de un consenso se llegase al acuerdo de que la guerra también podía ser oscura y había actos que, por más que se estuviese en ese contexto, se consideraban igualmente ominosos a todas luces. Es por eso que, estudiar el derecho a los ojos de una prevención de que los mismos ocurran y un enjuiciamiento más que una necesidad, es un deber que como humanos y practicantes del derecho tenemos, una tarea que, encaminada hacia la paz, los derechos humanos y el establecimiento de un orden de justicia universal e internacional permita tener herramientas para tratar a quienes dichas acciones cometan. Y es que tales violaciones, tan gravosas que se extienden a la integridad física, la dignidad e incluso a la vida misma no deben ser correspondidas bajo ningún pretexto; más bien debe el derecho prevenir dichas acciones para dar garantía a las personas, más a aquellas que por causa de un conflicto armado ven diezmadas sus esperanzas en la existencia y en los mínimos morales posibles.

Es menester entonces un sistema que dé cuenta de un enjuiciamiento justo pero que establezca responsabilidad. Enjuiciar a quienes hasta en la guerra cruzan una línea que lleva un siglo demarcándose envía también un mensaje a la sociedad presente y futura; ésta que reside en que quien hace un acto recibe por él su consecuencia y por ello tales tan bárbaros no quedarán en la impunidad, y tendrán de ellos represalias. Y todo esto con un fin común más grande que nosotros mismos, uno que contemple la paz y la integridad como pilares de una sociedad que busca justicia pero también reparación, creándose de ese modo un sistema cabal a sus normas y al objetivo de mantener la legalidad y la utilidad del derecho internacional, protegiendo así más que en el papel y la letra en la realidad y en el campo, a quienes por medio de un conflicto armado desenvuelven su existencia.