Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

I

Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia

Programa Presidencial de
Derechos Humanos y DIH

Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

I

Bogotá, D.C., febrero de 2009

Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia

Programa Presidencial de
Derechos Humanos y DIH

Vicepresidencia de la República

Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH

Proyecto Lucha Contra la Impunidad –Fase– II

Política de Lucha Contra la Impunidad

Álvaro Uribe Vélez
Presidente de la República

Francisco Santos Calderón
Vicepresidente de la República

Bernardo Moreno Villegas
Director del Departamento Administrativo
de la Presidencia de la República

Lilian del Pilar Vélez Pinzón
Subdirectora del Departamento Administrativo
de la Presidencia de la República

Carlos Franco Echavarría
Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH
Vicepresidencia de la República

Sandra Isabel Miranda Bolaños
Coordinadora Proyecto Lucha contra la Impunidad

Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH

Proyecto Lucha Contra la Impunidad - PLCI

Consultoría especializada para la identificación, elaboración, evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

(Ref. TORS007-PY13)

Consultores: Unión Temporal UROSARIO / IDEAMERICA

© Derechos de autor

Impresión
ALVI IMPRESORES LTDA.
Tel.: 250 15 84
alvimpresores@yahoo.es
Bogotá, D.C., Colombia

La impresión de esta publicación fue posible gracias al apoyo de la Embajada Real de los Países Bajos, mediante su auspicio al Programa "Apoyo a la implementación de la Política Pública de Lucha Contra la Impunidad"

Distribución gratuita

Esta permitida la reproducción del texto, citando la fuente.

ISBN 978-958-9438-20-6

www.derechoshumanos.gov.co
Calle 7 Nº 6 - 54
Teléfono: 334 5077, ext.: 204 - 205
Fax: 560 1038

® 2009.

Reconocimientos

El proyecto que culminó con la elaboración del libro que aquí se presenta ha contado con la colaboración de las siguientes personas:

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Jeaneth Niño Farfán
Directora Escuela de Estudios
e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses

Asesores
María Carolina Castillo Aguilar
Oscar Manuel Farías Cortés

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Edgardo Maya Villazón
Procurador General de la Nación

Elsa Barón de Rayo
Directora Instituto de Estudios del Ministerio Público

Dumar Otálora Hernández
Coordinador Grupo Asesores en DDHH

Asesores
Arturo Ronderos
Alberto Ujueta

JUSTICIA PENAL MILITAR

Luz Marina Gil
Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

Asesora
Lilián Polania

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Jorge Antonio Castillo Rugeles
Presidente Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura
Delegado Política Lucha contra la Impunidad

Gladys Virginia Guevara Puentes
Directora Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Diego Forero
Profesional División Académica

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Volmar Pérez Ortíz
Defensor del Pueblo

María Girlesa Villegas Muñoz
Directora Nacional de Atención y Trámite de Quejas

EQUIPO CONSULTOR UROSARIO / IDEAMERICA

Adriana Cárdenas
Soraya Pérez
Antonio Varón

PROYECTO LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Sandra Isabel Miranda Bolaños
Coordinadora Proyecto Lucha Contra la Impunidad

Hugo Rivero Ramos
Consultor Temático

Contenido

PÁGS.

AUTORES 11

INTRODUCCIÓN 13

TIPOLOGÍA COMPARATIVA DE LAS PRINCIPALES VOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS 15

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESUNTOS AUTORES Y PARTÍCIPES POR VIOLACIONES A LOS DDHH E INFRACCIONES AL DIH..... 73

METODOLOGÍA DEL MANEJO INVESTIGATIVO DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 189

AUTORES

Juan Carlos Forero Ramírez

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializado en Derecho Penal y Procesal Penal. Magíster en Derecho Penal de las Universidades Pompeu Fabra y Central de Barcelona, España. Director del Postgrado de Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes. Director del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario. Ex docente del Instituto del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Comisión constitucional de seguimiento del Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Autor de Diversos trabajos científicos dentro de los que se destacan El delito de omisión en el nuevo Código Penal y Aproximación al estudio del principio de oportunidad.

Raúl Eduardo Sánchez

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario. Magíster en Política Criminal y Derecho Penal Internacional de la Escuela Económica de Londres y Ciencias Políticas. Profesor Universidad del Rosario y de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Autor de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Coautor de Código de Derecho Penal Internacional, Sistema Penal Acusatorio y Estudios de Derecho Penal Económico. Delegado por Colombia en las comisiones preparatorias para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional en Naciones Unidas, Nueva York. Delegado por Colombia en el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), ante la Organización de Estados Americanos (OEA). Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario

Andrea Mateus Rugeles

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Nueva York. Autora del libro Genocidio y Responsabilidad Penal Militar: Precisiones en torno al artículo 28 del Estatuto de Roma. Profesora de Derecho Internacional y Derecho Penal de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

María Teresa Palacios Sanabria

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesora de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España), candidata a doctora en derecho de la Universidad de Sevilla (España). Profesora de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Autora de varios artículos en derechos humanos como "Derechos Humanos de la Población desplazada en Colombia: Evaluación de sus mecanismos de protección", 2005.

MAURICIO VANEGAS MOYANO

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en derecho penal, Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad Paris II, Panthéon-Assas (Francia). Profesor de Derecho Penal de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

COLABORADORES

Laura Marcela Álvarez Ruiz
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Andrea Calderón Barón
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Álvaro José Cadavid Jiménez
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

María Juliana Escobar Gutiérrez
Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Juan Fernando Estrada
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Juan Carlos Alejandro González
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Ricardo Ordoñez
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Juanita María Ospina Perdomo
Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Natalia Suárez Sánchez
Estudiante Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

INTRODUCCIÓN

Este libro de formación especializada es producto de la ejecución del proyecto contenido en la Política de Lucha contra la Impunidad, Documento CONPES 3411, mediante el cual el Estado colombiano ofrece a operadores penales, militares y disciplinarios medios e instrumentos para generar las capacidades y habilidades necesarias en la investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Este libro sirve como apoyo, y es coadyuvante para los módulos de capacitación ofrecidos a los operadores mencionados.

La iniciativa del Proyecto Lucha Contra la Impunidad (PLCI) del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH de la Vicepresidencia de la República, auspiciada por la Embajada Real de los Países Bajos, ha estado a cargo de la Unión Temporal UROSARIO/IDEAMERICA. La ejecución de la consultoría contó, desde su inicio, con la participación de las escuelas de formación de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Justicia Penal Militar, instituciones que aportaron su amplia experiencia y la disposición permanente para construir herramientas de formación que suplan de manera idónea las necesidades de los operadores.

Con los operadores de todos los niveles pudo constatarse las necesidades de formación, luego de lo cual se elaboró un listado de temas que ya depurado culminó con la presentación de 9 temas especializados. De manera consensuada, y como parte de una primera fase, las escuelas de formación de la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial y la Procuraduría General de la Nación priorizaron tres temas para proceder a su desarrollo y a la capacitación tendiente a efectuar los ajustes formulados por sus formadores, ello como momento previo al cierre definitivo de los documentos que sirven al proceso de formación regional, identificado como necesario para cumplir con mayor certeza los postulados de la Política de Lucha Contra la Impunidad.

Los temas distribuidos en tres capítulos de que trata esta obra, e insumo para la formación regional de los operadores con competencias en los ámbitos a los cuales se dirige la Política son:

- Tipología comparativa de las principales violaciones a los DDHH.
- Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, y
- Metodología del manejo investigativo de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH.

La metodología propuesta para la formación, respetuosa de la autonomía de cada entidad, tiene el propósito de facilitar el aprendizaje y nutrirse de las experiencias prácticas de los operadores para adecuar, de manera dinámica, los contenidos a sus verdaderas necesidades, contenidos que, valga anotar, incluyen la casuística y los fallos nacionales e internacionales (en lo penal y lo disciplinario) más paradigmáticos e ilustrativos de las líneas de actuación de las distintas autoridades que participan en la investigación, juzgamiento y sanción de los casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Tipología comparativa de las principales violaciones a los Derechos Humanos

Este documento hace parte del proyecto "Identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario", perteneciente al programa presidencial de DDHH y DIH –PLCI–, y auspiciado por la Embajada Real de los Países Bajos. Su reproducción total o parcial requiere autorización escrita del PLCI y de la UT Universidad del Rosario-Ideamérica.

Libertad y Orden
Vicepresidencia
República de Colombia

Koninkrijk
der Nederlanden

Universidad del Rosario
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional

ideamérica
Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

PÁG.

Presentación del capítulo 21

1. Justificación del capítulo 22

2. Objetivo general del Capítulo 26

3. Objetivos específicos del Capítulo 26

4. UNIDAD 1. Tipología comparativa de conductas penales que constituyen violaciones a los Derechos Humanos 26

4.1. Objetivo general de la Unidad 1 26
4.2. Objetivos específicos de la Unidad 1 26
4.3. Tipología del crimen del genocidio 27
4.3.1. En el Derecho Penal Internacional 27
4.3.2. Origen del tipo 27
4.3.3. Bien jurídico tutelado 28
4.3.4. Tipo Objetivo 28
4.3.4.1. Concepto de grupos protegidos en el crimen de genocidio 28
4.3.4.2. Grupos protegidos por el Derecho Penal Internacional 28
4.4. Conductas típicas de genocidio 29
4.5. El contexto del crimen de genocidio 31
4.6. El tipo subjetivo del crimen de genocidio 31
4.7. Caso especial de incitación al genocidio 31
4.7.1. Aspecto objetivo 31
4.7.2. Aspecto subjetivo 32
4.8. Dispositivos amplificadores del tipo penal de genocidio 32
4.8.1. Consumación y tentativa 32
4.8.2. Concursos 32
4.9. El crimen de genocidio en el Código Penal colombiano 32
4.9.1. Bien jurídico tutelado 33
4.9.2. Tipo objetivo 33
4.9.3. Tipo subjetivo 33
4.10. Apología del genocidio 34

PÁG.

4.10.1. Tipo objetivo de la apología del genocidio 34
4.10.2. Tipo subjetivo de la apología del genocidio 34
5. Tipología de los crímenes de lesa humanidad 35
5.1. Tipología en el Derecho Penal Internacional 35
5.2. Bien jurídico tutelado 36
5.3. Tipo objetivo 36
5.4. Tipos penales que constituyen crímenes de lesa humanidad 37
5.4.1. Asesinato 37
5.4.2. Exterminio 37
5.4.3. Esclavitud 38
5.4.4. Deportación o traslado forzoso 38
5.4.5. Privación de la libertad 38
5.4.6. Tortura 38
5.4.7. Violencia sexual 39
5.4.8. Persecución 41
5.4.9. Desaparición forzada de personas 41
5.4.10. Apartheid 42
5.4.11. Otras acciones inhumanas 42
5.5. Aspecto del tipo subjetivo de los crímenes de lesa humanidad 42
5.6. Dispositivos amplificadores del tipo penal 42
5.7. Tipología de los crímenes de lesa humanidad en el Derecho Penal colombiano 42
5.7.1. Homicidio (C.P., artículo 103) 43
5.7.2. Tortura (C.P., artículo 178) 43
5.7.3. Desplazamiento forzado (C.P., artículo 180) 45
5.7.4. Desaparición forzada de personas (C.P., artículo 165) 46
5.7.5. Otros tipos penales que protegen la libertad 48
5.7.6. Criterio para diferenciar entre la desaparición forzada y otras conductas que atentan contra la libertad individual 48
5.7.7. Delitos sexuales 48
5.7.9. *Apartheid* 49
5.7.9. Ejercicios de la Unidad 1 49

6. UNIDAD 2. Faltas disciplinarias que constituyen violaciones a los derechos humanos 51
6.1. Objetivo general de la Unidad 2 51
6.2. Objetivos específicos de la Unidad 2 51
6.3. Características generales de las faltas disciplinarias 51
6.4. Catálogo de las faltas disciplinarias 55
6.4.1. Genocidio 56
6.4.2. Ejecución extrajudicial o arbitraria 56
6.4.3. Homicidio por razones de intolerancia 57

PÁG.

6.4.4. Desaparición forzada 57
6.4.5. Otras privaciones de la libertad que constituyen faltas disciplinarias 57
6.4.6. Tortura 57
6.4.8. Desplazamiento forzado 58
6.4.9. Otras violaciones a los derechos humanos 58

7. UNIDAD 3. Bloque de constitucionalidad y su aplicación en la tipología de las conductas penales y disciplinarias 60

7.1. Objetivo general de la Unidad 3 60
7.2. Objetivos específicos de la Unidad 3 60
7.3. Derecho Penal Internacional y el principio de legalidad interno. Dificultades de relación 61
7.4. Ejercicios de la Unidad 3 65
7.5. Bloque de constitucionalidad y legalidad. El problema de la imprescriptibilidad 66

Bibliografía general del Capítulo 70

Presentación del capítulo

Este primer capítulo del libro es el resultado de la unión de esfuerzos de profesores y profesoras con especialización en Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos, quienes durante meses han trabajado de manera coordinada, seria y rigurosa, siguiendo los lineamientos establecidos por el Proyecto de Lucha contra la Impunidad del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en un esfuerzo por seguir reforzando la política del Estado colombiano en estos temas tan importantes para asegurar la paz y convivencia pacífica del país. Así mismo, se está complementando la tarea para cumplir no sólo con lo establecido por la Constitución Política de 1991, sino con los estándares internacionales exigidos por el conjunto de las naciones en materia de la efectiva protección de los Derechos Humanos.

Es pertinente anotar que la Unión Temporal entre la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y el Instituto para la Democracia, el Desarrollo y los Derechos Humanos en América Latina –IDEAMERICA– realizó una metodológica labor de campo y conceptual para establecer la población objetivo a capacitar. Así mismo, se diagnosticaron metodológicamente las necesidades de capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción por esta clase de violaciones.

El presente capítulo es denominado ***Tipología comparativa de las principales violaciones a los DDHH***[1], el cual se priorizó como una de las necesidades de formación. Se pone a consideración de los servidores y servidoras responsables de la investigación, juzgamiento y sanción de estas violaciones un desarrollo conceptual y práctico acerca de los elementos que deben concurrir para su correcta tipificación, en materia penal y disciplinaria, para así poder aplicar correctamente las disposiciones jurídicas y reducir los índices de impunidad que por varios factores han sido una constante en la aplicación del Derecho en Colombia.

Además, las autoridades que utilicen de manera constante sus habilidades conceptuales y prácticas en esta materia, sin duda alguna contribuirán a la legitimidad del Estado, con lo cual se estará mejorando la imagen de Colombia ante la comunidad internacional, que reconocerá a los funcionarios y funcionarias nacionales como personas competentes que respetan e impulsan los estándares mundiales del respeto hacía los Derechos Humanos. Por ello este capítulo tiene como propósito coadyuvar en este importante desafío.

El capítulo contiene tres unidades:

La primera de ellas señala aspectos relevantes para tener en cuenta en la tipología de las violaciones a los Derechos Humanos, dentro de un concepto de derecho comparado. En efecto, se partirá de la forma como se tipifican dichas transgresiones dentro del ordenamiento penal internacional, y luego se abordará un paralelo aludiendo a los elementos que componen los tipos penales pertinentes con base en las disposiciones jurídicas internas. Lo anterior tiene una razón de ser: un estudio comparativo facilita no sólo la identificación de similitudes y diferencias, sino que incentiva un análisis más integral que debe estar presente al abordar la problemática jurídica en la resolución de los casos concretos, lo que supone que los operadores y las operadoras apliquen correctamente el derecho, para así impartir **eficazmente** la justicia formal y, sobretodo, material. Este análisis se enriquecerá con alusiones a la Jurisprudencia Penal Internacional que se ha proferido y ha ayudado en gran medida al desarrollo de la tipología de dichas violaciones. En lo pertinente, se expondrá la jurisprudencia nacional establecida tanto como por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Es importante que el discente y la discente no sólo deban conocer estos fallos proferidos por autoridades internacionales, sino que las sepan utilizar de manera pertinente como fundamento jurídico de sus decisiones.

La segunda unidad va a referenciar las violaciones a los DDHH que constituyen una falta disciplinaria en Colombia, con base en los instrumentos constitucionales y legales pertinentes porque, y es importante recordarlo, una determinada conducta no sólo puede generar responsabilidad penal, sino también disciplinaria, entre otras, y en las condiciones que se expondrán en su debido momento.

Finalmente, en la tercera unidad se abordará el tema de la incorporación de instrumentos y jurisprudencia internacionales en el Derecho interno colombiano que sirvan como fundamento técnico-jurídico en la investigación, juzgamiento y sanción por conductas que lesionen o pongan en peligro de una manera especialmente grave

1 Las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario se tratarán en otros capítulos que por el momento no han sido priorizados.

los derechos humanos, con el fin de abordar aspectos tan problemáticos como la imprescriptibilidad, la flexibilización del principio de legalidad, la remisión a ordenamientos jurídicos internacionales, entre otros, teniendo como cauce el concepto de *bloque de constitucionalidad*. Se hará hincapié en soluciones que pueden constituir una importancia práctica.

A medida que vaya avanzando el capítulo, los discentes y las discentes encontrarán la proposición de casos que van variando en su complejidad, para su análisis y estudio. Así mismo, se formularán preguntas abiertas que invitan a la reflexión. De la misma forma, se invitará a los participantes a realizar un análisis normativo con base en jurisprudencia nacional e internacional. Se incentivará, dentro de ese contexto, la investigación que los participantes deberán realizar por su cuenta, todo dentro del marco de reflexión personal y grupal, para lo que se dará una bibliografía pertinente que podrá ser consultada por los servidores y servidoras asistentes a esta capacitación.

La originalidad de este capítulo es que se invita a una discusión conjunta entre distintas autoridades responsables en la investigación, juzgamiento y sanción por violaciones a los derechos humanos facilitando espacios de interacción en donde fluirán las ideas y los distintos puntos de vista dentro del marco del respeto y tolerancia hacia el otro y sus ideas. Esta estrategia, lejos de representar una yuxtaposición compleja de ideas y debates sin fin, contribuirá al mejoramiento de los conceptos y prácticas que se necesitan aplicar.

En este orden de ideas, se percibirá la importancia de que la interiorización individual de los conceptos no sólo se proyecte en las discusiones en mesas de trabajo durante la capacitación, sino que se proyecte en la vida profesional diaria para impartir verdadera justicia, que es el fin último que se persigue.

Esto se hará siguiendo el método de autoaprendizaje dirigido, combinado con el aprendizaje en grupo con el apoyo del facilitador designado para asegurar el éxito de los objetivos. El esfuerzo conjunto entre facilitador y participantes redundará en un aprovechamiento y mejoramiento de las habilidades y competencias de las autoridades.

1. Justificación del capítulo

En el concierto de las naciones es indudable que para asegurar la digna supervivencia del ser humano debe existir una condición mínima de respeto hacia sus derechos inalienables, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a su libertad de locomoción, y a su dignidad, principalmente. El hombre a lo largo de toda su historia ha convivido en situaciones de confrontaciones bélicas y otro tipo de circunstancias que se han caracterizado por las violaciones graves a esos derechos inalienables, que comprometen no sólo su paz sino su supervivencia. Ante esta situación, la comunidad internacional se ha preocupado por consagrar en distintos instrumentos el reconocimiento y el respeto de esos derechos humanos.

Entre los mencionados instrumentos internacionales más relevantes podemos citar[2]:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos[3].
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4] y sus protocolos facultativos[5].
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[6].
- La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid[7].
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[8].
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad[9].
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[10].
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[11]y su Protocolo facultativo[12].
- Convención sobre los Derechos del Niño[13].

Así mismo, se cuenta con instrumentos regionales de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

---

2 Para efectos didácticos sólo citaremos algunos, advirtiendo que en el sistema internacional de los derechos humanos hay una variada gama de instrumentos que tienen la misma importancia de los que aquí ilustramos.

3 AG/RES/217 (A) III, del 10 de diciembre de 1948.

4 AG/RES/2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

5 AG/2200 A (XXI), del 16 diciembre de 1966 y AG/RES/44/128 del 15 de diciembre de 1989.

6 AG/RES 2106 (XX), del 21 de diciembre de 1965.

7 AG/RES/3068 (XXVIII), del 30 de noviembre de 1973.

8 AG/RES/3068 (XXVIII), del 30 de noviembre de 1973.

9 AG/RES/2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968.

10 AG/RES/260 A (III), del 9 de diciembre de 1948.

11 AG/RES/34/180, del 18 de diciembre de 1979.

12 AG/RESA/54/4, del 6 de octubre de 1999.

13 AG/RES/44/25, del 20 de noviembre de 1989.

Para el caso americano, está la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

Para asegurar que dichos reconocimientos no sean únicamente simbólicos y que en realidad tengan una eficacia en su protección, existen mecanismos universales y regionales que cumplen con esa tarea. Son estas instancias las que emergen ante una violación a los Derechos Humanos[14].

Hay que aclarar, empero, que los Estados son los principales responsables de hacer cumplir y respetar los derechos humanos, y para ello se valen de múltiples herramientas jurídico-normativas que les permitan cumplir con su misión en esta materia. Dichas herramientas deben estar acordes con los estándares universales, pues sólo así se está garantizando la paz y supervivencia humanas.

En el caso de la normatividad colombiana, entre los mecanismos más importantes para respetar los derechos humanos, prevenir y reprimir cualquier violación grave en su contra está el Código Penal, cuerpo normativo que debe seguir los estrictos lineamentos de la Constitución Política. En efecto, en él se tipifican conductas, por acción o por omisión, que lesionen o pongan efectivamente en peligro bienes jurídicos que el legislador considera como indispensables para la estabilidad y paz social, imponiendo una pena contra los responsables de dichas violaciones. Los bienes jurídicos son, entonces, *"aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social"*[15]. La intervención penal del Estado, para que sea legítima, debe proyectarse cuando otras formas de control jurídico social no han resultado adecuadas o insuficientes; de esta forma emerge el concepto de *ultima ratio.* Al sancionar con una pena el Estado también ejerce violencia, aunque debe entenderse como violencia institucionalizada, pues es capaz de privar, a su turno, derechos fundamentales de los que son titulares los responsables de delitos. Por ello el *ius puniendi* debe tener claros límites establecidos por la Constitución Política, y en los estándares internacionales.

Ahora bien, entre esos bienes jurídicos existen unos que por su naturaleza e importancia y, dadas las circunstancias especiales que rodean su trasgresión, trascienden el ámbito de un Estado para tener proyección internacional[16]: son los denominados crímenes internacionales. En consecuencia, al tipificar conductas que atentan contra estos bienes jurídicos, se puede afirmar que se realiza en una doble tutela: por un lado, y como primera medida, se pretende proteger bienes jurídicos individuales que conciernen el buen funcionamiento dentro de un Estado, pero de otro lado también se está protegiendo bienes jurídicos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto. Son bienes jurídicos supraindividuales[17], cuyo titular es la humanidad en sentido colectivo, aun cuando en gracia de discusión también se puedan ver afectados intereses jurídicos individuales. Los bienes jurídicos más relevantes para la comunidad internacional en su conjunto y no sólo dentro de un Estado son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad[18], que aseguran un orden jurídico internacional.

Otro mecanismo para prevenir y castigar las transgresiones a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano está constatado por la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias, que no penales, a los servidores y servidoras del Estado que infrinjan las normas del Código Único Disciplinario, en el tema que nos ocupa, aquellas faltas consagradas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Vale la pena resaltar que la sanción disciplinaria se aplica sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que hubiere lugar[19], sin que por ello se esté violando el principio constitucional del *non bis in idem,* toda vez que se trata de acciones independientes con consecuencias jurídicas propias. Es muy importante resaltar en este punto, y en aras de recalcar la autonomía del derecho disciplinario respecto del derecho penal, que aquella disciplina presenta unas características que le son propias. En efecto, si bien el derecho disciplinario forma parte de la potestad sancionatoria del Estado, es necesario precisar que éste no protege bienes jurídicos tal como acontece en materia

[14] Podemos citar mecanismos universales de protección como el Comité de Derechos Humanos de la ONU. A nivel regional está el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[15] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte General.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996, p. 59.

[16] WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción al castellano con la coordinación de María del Mar Díaz Pita, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 82 y ss.

[17] Para profundizar sobre la evolución del concepto de bienes jurídicos supraindividuales, véase CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales", en *Problemas actuales de Derecho Penal,* Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006, pp. 81 y ss.

[18] Se puede deducir del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su Preámbulo, párrafo 3.

[19] En efecto, el tercer inciso del artículo 2º de la Ley 734 de 2002 dispone que la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

punitiva[20]. Así mismo, el derecho disciplinario no maneja el concepto de antijuridicidad material que se predica del derecho penal. Esta rama tiene una finalidad y función esencialmente diferente y de ninguna manera pueden confundirse, aun cuando en gracia de discusión puede existir ciertos institutos que les son comunes, como en el caso del reconocimiento de las garantías constitucionales del debido proceso, legalidad, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia, entre otras garantías. Ahora bien, en este punto de análisis es preciso hacer alusión a conceptos que fundamentan la lógica que le es propia al derecho disciplinario.

El primer concepto, y como más adelante se desarrollará y que constituye un pilar insoslayable, es el de deber funcional. En efecto, los servidores públicos que tienen una función en la investigación, juzgamiento y sanción deben tener en cuenta la posición de las personas que están desarrollando actividades concernientes a la función pública, quienes por ejercen dicha función tienen una relación especial con el Estado en ocasión del cargo que ocupan. Como afirma la doctrina, "*es un vínculo estrecho que hoy todavía subsiste y seguirá subsistiendo*"[21]. De igual forma, y con relación a ese vínculo especial que tiene la persona que ejerce función pública, se ha manifestado lo siguiente:

> "*De hecho, el derecho disciplinario en general tiene fundamento en la especial relación que existe entre el Estado y los empleados o servidores públicos, lo que ha sido denominado por la doctrina de las relaciones* ***especiales*** *de sujeción, la cual consiste en que existen ciertos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, que son de naturaleza particular distinta al vínculo general de sujeción que se establece con la generalidad de la población[22]. El derecho disciplinario constituye el ejemplo por excelencia de las relaciones de especial sujeción, puesto que cuenta, como regla general, con tipos de sujeto activo cualificado*"[23].

El segundo concepto fundamental en derecho disciplinario lo constituye la denominada *ilicitud sustancial*, que es una noción distinta al concepto de antijuridicidad material penal. El fundamento de la noción en comento se encuentra expresado en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, en estos términos: *"La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna"*. Así las cosas, *"la falta es antijurídica cuando afecta el deber funcional sin justificación alguna"*[24]. Los servidores y servidoras públicos tienen una relación de subordinación de naturaleza especial frente al Estado. Son sujetos a estrictas normas dada su particular posición en el desarrollo de la vida en sociedad. Cuando el funcionario quebranta los deberes que exige el desempeño de su cargo, su conducta se constituye en una falta antijurídica que hace desplegar el poder correctivo disciplinario que tiene el Estado.

En este orden de ideas, es al Estado al que le compete de manera genuina esta tarea. Las autoridades encargadas de la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones a los Derechos Humanos tienen como misión aplicar la ley penal y disciplinaria, teniendo como criterio de obligatoria referencia la Constitución Política del Estado. Sin embargo, es muy importante recalcar que para una correcta aplicación de la ley penal y disciplinaria debe estar bajo la égida de una rigurosa aplicación técnico-jurídica desprovista de cualquier convicción o apasionamiento políticos, lo que supone identificar adecuadamente los elementos objetivos, subjetivos y normativos que permitan establecer en un caso concreto la correcta tipificación de las violaciones a los derechos humanos. Sólo si se procede de esta manera se aplicarían cabalmente las disposiciones jurídicas, lo que necesariamente redunda en el hecho de que no se presente índices de impunidad, y por ende Colombia no estaría sujeta a fallos condenatorios en las instancias internacionales.

Pero es pertinente preguntarse qué ocurre si las instituciones penales o disciplinarias internas estatales son insuficientes o incapaces de ofrecer una respuesta efectiva y eficaz para hacerles frente a esta situación. Surge entonces la posibilidad de acudir a los parámetros del Derecho Penal Internacional, que es una disciplina que si bien tiene orígenes recientes[25] y está aún en

[20] Es importante resaltar que la doctrina más autorizada en materia disciplinaria así lo pone de presente. Al respecto consúltese GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 363 y ss.

[21] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *ob. cit.,* p. 144.

[22] Característica del Derecho Penal, en tanto la mayoría de los tipos penales son de sujeto activo indeterminado.

[23] Concepto 4098-05172006, del 17 de mayo de 2006, emanado del Despacho del señor Procurador General de la Nación.

[24] FORERO SALCEDO, José Rory. "Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Análisis normativo, jurisprudencia y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo", en *Lecciones de derecho disciplinario,* Vol. 5, Bogotá: Procuraduría General de la Nación. 2007, p. 64.

[25] Aunque los primeros textos escritos se pueden ubicar en la segunda mitad del siglo XIX, es innegable que a partir del período de la segunda posguerra mundial el Derecho Penal Internacional ha sentado unas bases para su consolidación.

constante desarrollo, aporta elementos muy importantes para abordar adecuadamente el estudio de las violaciones que atentan contra la humanidad entera. El sistema de Derecho Penal Internacional a nivel de instrumentos convencionales que cristalizan la práctica de hechos aceptados por el conjunto las Naciones, y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales constituyen un importante punto de referencia para los operadores y operadoras en Colombia. No hay que olvidar que el Derecho Penal Internacional va muy ligado con el tema de la protección de los derechos humanos[26]. Esta disciplina también opera como *ultima ratio* y *"ofrece una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos"*[27]. Los mecanismos ordinarios de dicha protección lo constituyen el derecho interno de cada Estado, y en segundo lugar los sistemas, universales o regionales.

Por ello es importante que los servidores y servidoras tengan en cuenta, junto con las disposiciones jurídicas internas (lo que es apenas obvio), las herramientas convencionales y jurisprudenciales en esta materia que se presentan a nivel supranacional, pues no hay que olvidar que la aplicación del derecho ya no es concebida solamente como el acto que afirma el ejercicio de la soberanía estatal en el ejercicio del *ius puniendi,* sino que se debe tener en cuenta que aquella se encausa dentro de los parámetros del fenómeno de la globalización[28]. Afirmamos que los Estados son los primeros llamados en aplicar su derecho interno. En efecto, y particularmente en lo que se refiere al derecho penal, el Considerando Nº 6 del Estatuto que establece una Corte Penal Internacional reza que *"es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"*. La justicia penal internacional es entonces complementaria. No sustituye de manera arbitraria el ejercicio del *ius puniendi* interno[29].

La implementación de una Corte Penal Internacional permanente, capaz de investigar, juzgar y sancionar a los individuos responsables de los crímenes más graves constituye un avance del derecho a nivel mundial, ya que representa la cristalización de unas aspiraciones que databan de muchas décadas para contrarrestar los horrores por la trasgresión masiva y sistemática de los derechos humanos que conforman su esencia y existencia digna.

Pero lo anterior supone una problemática, puesto que en muchos aspectos la regulación que se verifica en el derecho penal internacional no coincide con lo que se regula en el derecho penal interno. Los lectores encontrarán, por ejemplo, que a nivel internacional, y especialmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se maneja de una manera más particular y flexible algunos tipos penales; también hay una flexibilización de conceptos como el de legalidad, imprescriptibilidad, entre otros. En nuestro ordenamiento jurídico, con base en la Constitución Política de 1991 y en la ley penal, el principio de estricta legalidad, el principio según el cual no puede haber acciones penales y disciplinarias imprescriptibles, constituyen la espina dorsal de las bases de un Estado social y democrático de derecho, y por ende su interpretación debe ajustarse a parámetros estrictos desde una óptica técnico-jurídica, y su hermenéutica no puede dar lugar a injusticias ni arbitrariedades, extendiendo nocivamente criterios de interpretación.

La pregunta es: ¿qué sistema de implementación, en especial del Estatuto de Roma, se debe adoptar en el caso colombiano? ¿Se debe ignorar las disposiciones de dicho instrumento y aplicar exclusivamente el derecho interno? ¿Se debe adoptar una implementación completa y directa por parte del derecho interno colombiano haciendo referencia a las disposiciones de dicho instrumento y de otros?[30]. ¿Puede haber una conciliación entre las disposiciones del derecho penal internacional y el derecho penal interno? ¿Cómo operaría dicha conciliación en casos prácticos?[31]. ¿Cómo se debe integrar adecuadamente, por la vía del bloque de constitucionalidad, las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 2º, 9º y 93 de la Constitución Política, y en los artículos 1º y 2º del Código Penal colombiano? De conformidad con lo anterior se abordará la problemática del bloque de constitucionalidad.

Como se observa, la responsabilidad de los servidores y servidoras asistentes a esta capacitación es crucial pues, por una parte, deben atenerse a los principios y normas

[26] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 98.

[27] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 99.

[28] Se reitera que los crímenes internacionales atentan contra toda la humanidad.

[29] Ver también el artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

[30] Para profundizar sobre las opciones de implementación del Estatuto de Roma véase AMBOS, Kai. "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, pp. 25 y ss.

[31] Colombia firmó y ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Consúltese la Ley Aprobatoria 742 de 2002 y la Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

constitucionales y legales para asegurar el orden jurídico interno, pero por otra deben velar porque se cumplan los estándares de protección a los derechos humanos que exige la comunidad internacional. Es un desafío que, bien enfocado, enriquecerá los puntos de vista de los discentes permitiendo reforzar sus competencias en su labor diaria de administrar justicia. La misión consiste en respetar la aplicación del derecho interno cumpliendo con los estándares internacionales de respeto a los derechos humanos.

2. Objetivo general del Capítulo

Ofrecer las herramientas necesarias para una adecuada interpretación de la tipología penal y de las faltas disciplinarias con base en el ordenamiento jurídico interno, y conjugarla de acuerdo con los parámetros internacionales sobre la materia, de conformidad con la noción de bloque de constitucionalidad.

Establecer las ventajas y dificultades que supone la incorporación de las instituciones de derecho penal internacional en nuestro ordenamiento jurídico interno.

3. Objetivos específicos del Capítulo

Identificar los instrumentos internacionales, particularmente el conjunto de documentos que constituyen la Corte Penal Internacional en materia de configuración de los actos que tipifican el crimen de genocidio, así como de los crímenes de lesa humanidad (analizando los subtipos penales que se desprenden del género).

Realizar una comparación de la configuración de los tipos penales en el Derecho Penal Internacional, con las faltas disciplinarias y los tipos penales consagrados en el Derecho Interno. A partir de ello, establecer las diferencias y similitudes entre uno y otro sistema.

Abordar la problemática de la incorporación del Derecho Penal Internacional en el Derecho Interno a través del denominado bloque de constitucionalidad.

4. UNIDAD 1

Tipología comparativa de conductas penales que constituyen violaciones a los Derechos Humanos

4.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 1

Brindar las herramientas necesarias para identificar, comprender y aplicar correctamente en la práctica diaria profesional los elementos objetivos y subjetivos que estructuran la tipología de las violaciones a los derechos humanos en materia penal.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 1

- Conocer antecedentes jurisprudenciales de Derecho Penal Internacional que han contribuido a la elaboración de una tipología en materia de crímenes internacionales.
- Abordar la configuración de cada tipo penal que constituye una violación grave a los derechos humanos de acuerdo con el Código Penal Colombiano.

En esta unidad se abordará la estructura de los tipos penales en materia de violación a los derechos humanos, en el plano del derecho penal internacional, teniendo como norte la definición que al respecto se consagra en el Documento CONPES Nº 3411[32]. Las violaciones a los derechos humanos forman un concepto que difiere de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario[33]. En primer lugar se analizará la tipología del crimen de genocidio, y en una segunda parte se tratará la tipología respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Así mismo, debemos aclarar que los tipos penales que se van a tratar en este capítulo se deben diferenciar de

[32] "Son violaciones de los DDHH aquellos actos u omisiones de servidores públicos que, prevalidos de su investidura, vulneran los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de DDHH y en la Constitución Política, así como las acciones que afectan estos bienes jurídicos cometidas por particulares con la instigación, tolerancia o participación de servidores públicos".

[33] Las infracciones al DIH constituyen crímenes internacionales con una estructura y elementos propios, los cuales serán abordados en otro capítulo. De acuerdo al documento CONPES Nº 3411 aludido, estas infracciones son aquellos actos u omisiones que representan el quebrantamiento del conjunto de normas que, en tiempo de guerra internacional o en conflicto armado interno, protege a las personas que no participan en las hostilidades o han dejado de hacerlo.

otros crímenes de trascendencia internacional, tales como la corrupción, el tráfico de estupefacientes, los delitos contra el tráfico aéreo, el tráfico ilegal de bienes culturales, etc. Con relación a éstos, el derecho penal internacional no impone de forma directa una responsabilidad penal individual, por lo que nuestro estudio se centrará en los denominados *core crimens.*

4.3. TIPOLOGÍA DEL CRIMEN DEL GENOCIDIO

4.3.1. En el Derecho Penal Internacional

La historia de la humanidad se ha caracterizado por un despliegue de actos de violencia entre congéneres. Sin embargo, es en el siglo XX donde el exterminio de grupos enteros ha marcado el rumbo de la historia. Así, por ejemplo, se puede citar el exterminio, en los albores de la Primera Guerra Mundial, de la población armenia que se asentaba en territorio dominado por el Imperio Otomano. De importante relevancia resulta citar el caso del exterminio que el Régimen del *III Reich* llevó a cabo contra los judíos, quienes de manera metódica y progresiva se vieron privados de sus derechos hasta el punto de ser obligados a vivir en guetos[34]. Siguiendo este doloroso recuento, y a pesar de que ya aparecían instrumentos internacionales que prohibían el exterminio de grupos, se puede citar el caso del exterminio de *ibos* por parte de otro grupo étnico en Nigeria, en la guerra civil que estalló en ese país en los años 60. También hay que citar los casos de exterminio en países como Burundí, Etiopía o Guatemala, y en la última década del siglo pasado los casos de Ruanda, en donde hutus exterminaban con prácticas atroces a los miembros de la etnia Tutsi, y en la antigua Yugoslavia, en donde serbios musulmanes eran aniquilados por fuerzas bosnias. El mundo se volvió a conmover por casos de genocidios particularmente virulentos y crueles.

4.3.2. Origen del tipo

El término genocidio es introducido al ámbito internacional en 1944 por Raphael Lemkin, en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*. La palabra proviene del griego *genos* (raza) y del *latín* caedere (matar). En efecto, con el uso del término, Lemkin se refería a la destrucción de una nación o grupo étnico.

Posteriormente, en 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas envió un proyecto de resolución al comité jurídico de las Naciones Unidas para que fuera analizado conjuntamente con el Consejo Económico y Social (ECOSOC) y se discutiera acerca del delito de genocidio y la posibilidad de declararlo delito internacional.

A su vez, dicho comité creó un subcomité para que elaborara el proyecto de resolución y, con su posterior aprobación, elevó una recomendación a la Asamblea General, la cual adoptó por unanimidad la Resolución 96 (I) el 11 de diciembre de 1946. Esta resolución se refiere al crimen de genocidio como:

> *"La negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas".*

La resolución, que le da carácter de delito internacional fue fundamental para la creación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948.

La Convención señala por primera vez que se castigarán la asociación, tentativa, instigación y complicidad en el genocidio; también prevé que se sancionará a los sujetos que ejecuten dichos actos indistintamente de si se trata de funcionarios, gobernantes o particulares.

Además, define el delito de genocidio como "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo.
b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

[34] Se estima que más de 6 millones de judíos murieron por el exterminio del Régimen Nacional Socialista.

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo"[35].

Es un instrumento que tiene un ámbito de validez en el derecho internacional consuetudinario y constituye norma de *ius cogens.*

4.3.3. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es supraindividual y *protege el derecho a la existencia de determinado grupos*[36]. El delito de genocidio se refiere a la lesión del bien jurídico valorativo (existencia del grupo), así se concrete en la lesión a uno o varios de los miembros del grupo (objeto material). En este orden de ideas, el bien jurídico tutelado no sería la vida, integridad física o dignidad de los individuos particularmente identificados, sino la existencia del grupo como tal, por lo que no se trata de la protección de muchos bienes jurídicos individuales, sino de un solo bien jurídico supraindividual, aunque se advierte que éste protege adicionalmente la dignidad humana. Este bien jurídico supone que exista un **elemento internacional** que trasciende el mero ámbito estatal para proyectarse en la conciencia de la humanidad.

Ahora bien, la concreción del delito no requiere la afectación del bien jurídico (grupo), sino que puede constituirse en acciones que, aunque van dirigidas a la destrucción total o parcial del grupo, solo lesionan a uno de sus miembros, lo que se entendería como objeto de la conducta. En efecto, el miembro o miembros del grupo que sean víctimas de alguna de las conductas señaladas no tienen la titularidad del bien jurídico que describen los instrumentos internacionales y, aunque la intencionalidad de la acción está dirigida a la destrucción del grupo, son los miembros quienes son objeto de la materialización del crimen. Los ataques a los intereses jurídicos individuales son tenidos en cuenta por el hecho de su pertenencia a un determinado grupo protegido. Esto *"hace que la lesión de los intereses individuales se convierta en un delito de genocidio"*[37]. Con razón hay que afirmar que la pérdida de un grupo es una pérdida irreparable para la humanidad. Así, por tratarse de la violación a un bien jurídico supraindividual, y aunque es el grupo en su conjunto el titular del mismo, el delito de genocidio se materializa y consuma incluso en el ataque a miembros particulares.

4.3.4. Tipo Objetivo

4.3.4.1. Concepto de grupos protegidos en el crimen de genocidio

Para estructurar el tipo objetivo en el genocidio se debe tener un concepto del significado de *grupo,* cuestión que no está exenta de dificultades a la hora de decidir un determinado caso. Se considera que "*un grupo es una pluralidad de personas unidas de forma duradera por características comunes, que se diferencia del resto de la población"*[38]. De acuerdo con lo anterior, el grupo se caracteriza por su permanencia y estabilidad.

La calificación de *grupo* puede fundarse, en primer término, con cuestiones objetivas como la identificación de elementos de costumbres, lenguas y rasgos físicos, pero también se acude a criterios que no son objetivos y que aluden a los procesos complejos de construcción social de determinados grupos, así como de la valoración que le asignan no sólo miembros de esos grupos, sino también depende de las valoraciones que terceras personas tengan con relación a aquellos.

4.3.4.2. Grupos protegidos por el Derecho Penal Internacional[39]

La Convención sobre el Genocidio señala una lista de grupos protegidos. Hay que advertir que dicha lista no es exhaustiva y que indica estándares mínimos, pues las legislaciones nacionales pueden prever internamente la protección de otros grupos protegidos[40]. Con todo en el Estatuto de Roma, aunque se discutió la inclusión de los grupos políticos y sociales, finalmente no se logró.

A continuación se hará una breve alusión a las características de los grupos protegidos en el delito de genocidio en el plano del derecho penal internacional.

[35] La definición del crimen de genocidio de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio es acogida por el Estatuto de Roma en el art. 6.

[36] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 315.

[37] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 316.

[38] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 317.

[39] De gran importancia para la identificación de los grupos protegidos en el crimen de genocidio es la sentencia del caso Jean Paul Akayesu, emitida por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[40] Así lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Así mismo, el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 consagra el grupo político como objeto de protección. Adicionalmente, el numeral 5 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 extiende la protección a los grupos sociales, pero para tipificar faltas disciplinarias más no punitivas.

a) Grupos nacionales

El elemento de estabilidad y permanencia lo constituye el tener la misma nacionalidad, pudiendo interactuar con otros factores, entre otros la historia y las costumbres comunes.

b) Grupos étnicos

En términos generales, alude a la identificación común y que además comparte aspectos como tradiciones culturales[41].

c) Grupos raciales

Sus miembros se identifican por poseer las mismas características fenotípicas que se pueden percibir exteriormente. Un ejemplo sería el color de la piel u otros rasgos de constitución física.

d) Grupos religiosos

Sus miembros tienen como rasgo común la misma idea de espiritualidad, y comparten una misma forma de dar culto. Esto es válido tanto para las denominadas grandes religiones como las sectas (excluyendo los ateos, pues por definición no profesan ningún culto). Hay que tener en cuenta que en determinadas ocasiones los grupos religiosos se pueden identificar con los grupos políticos, lo que ocasionaría una dificultad interpretativa en la práctica.

Es importante señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia penal internacional, la pertenencia a dichos grupos se predetermina desde el nacimiento.

4.4. CONDUCTAS TÍPICAS DE GENOCIDIO

El Estatuto de Roma, en su artículo 6 establece:

> *"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:*
> *"a) Matanza de miembros del grupo.*
> *"b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.*
> *"c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.*
> *"d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.*
> *"e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".*

Se reitera que el genocidio se puede materializar en uno o varios miembros del grupo protegido. El hecho de que la conducta se materialice en tan sólo una persona configura también el tipo penal de genocidio. En efecto, el texto que contiene los elementos de los crímenes, el cual forma parte integral del Estatuto de Roma, de conformidad con el artículo 21.1[42], dispone que las conductas típicas pueden materializarse respecto de una sola persona.

a) Asesinato a miembros del grupo (Killing members of the group o Meurtre de membres du groupe)

Precisa la doctrina frente al tema, que *"La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infraestructura y de otros sistemas para el sustento de la vida. Así como conduciendo a los miembros del grupo a campos denominados «protegidos» o de concentración, donde los asesinan en masa o los dejan morir"*[43].

Sin embargo, la jurisprudencia internacional va más allá sobre el tema, y contempla la posibilidad de que el delito no solo se cometa por acción sino también por omisión (una especie de omisión impropia). Señala el Tribunal para Ruanda, que *"el acusado no intentó prevenir la matanza de Tutsi en la*

[41] Se discute por parte de la doctrina más autorizada si en realidad los grupos étnicos son o no en realidad una especie de los grupos nacionales. Sin embargo, de acuerdo con los instrumentos internacionales, los grupos étnicos se separan de los grupos nacionales.

[42] *"1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba (...)".* Sin embargo, de acuerdo con la Sentencia C-578 de 2002, la Corte Constitucional considera que el documento de la Asamblea de los Estados Parte, contentivo de los elementos de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (así como el Reglamento de Procedimiento y Pruebas) no debe ser aplicado de forma directa con el Estatuto de Roma. Debe ser sujeto a aprobación por parte del Congreso de la República de conformidad con el procedimiento legal y constitucional establecido y, además, debe ser objeto del respectivo control constitucional. Recientemente, se sancionó la ley 1268 del 31 de diciembre de 2008, aprobatoria de las Reglas de procedimiento y prueba así como los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 (*Diario Oficial* No. 47.219).

[43] Véase Ntanda Nsereko. Cita Nº 30 en AMBOS, Kai. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 25.

comuna de Taba. De hecho, hay pruebas de las cuales él no sólo sabía y atestiguó matanzas, sino que también participó y ordenó matanzas. El hecho de que en una ocasión, él ayudó a una mujer Hutú a proteger a sus niños Tutsis no sirve para cambiar la evaluación de la Cámara que afirma que el acusado generalmente no intentaba prevenir las matanzas en absoluto después del 18 de abril. Por estos motivos, la Cámara no acepta *el testimonio del Acusado en cuanto a su conducta después del 18 de abril, y encuentra más allá de una duda razonable que él no intentó prevenir las matanzas de Tutsi después de esta fecha. Si él tenía el poder de hacerlo o no, es en disputa, como él nunca intentó prevenir la situación, y como se ha establecido en las pruebas, más allá de una duda razonable lo que se encuentra es que él deliberadamente escogió el curso de colaboración con la violencia contra el Tutsi más que protegerlos de tal situación"*[44].

b) **Causar daños corporales o mentales a miembros del grupo (*Causing serious bodily or mental harm to members of the group*/ *Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe*)**

Según lo establecido por la jurisprudencia en el juicio *Eichmann*, los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio: *"la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos"*[45]. Siguiendo con la sentencia en la que se condenó a Jean Paul Akayesu, los actos que pueden conllevar a una lesión grave son el uso de la fuerza como golpear con la culata de un fusil, lesionar con armas cortantes especialmente peligrosas como machetes. Así mismo, en este grupo de causar lesiones graves, la jurisprudencia internacional que juzga los crímenes cometidos en Ruanda incluye las agresiones sexuales, que en el caso particular se ocasionaron en contra de las mujeres *Tutsi*, agresiones éstas que son una forma muy perversa de ocasionar daños tanto físicos como psicológicos. Esto fue recogido por el texto que consagra los elementos de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Vale la pena aclarar que la misma jurisprudencia coloca en un plano de igualdad las lesiones físicas y las mentales. La gravedad de dichas lesiones a la integridad física y psíquica alude a que deba tener un carácter duradero (sin que necesariamente signifique que sea perenne) y que menoscabe la integración normal a la vida diaria, excluyendo las degradaciones simplemente pasajeras que no dejan huella.

c) **Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea su destrucción física total o parcial (*Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part*/ *Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle*)**

Esta forma de genocidio también es conocida como "muerte lenta", aunque no es necesario que se verifique el resultado muerte respecto de un miembro del grupo protegido. Menciona el profesor Kai Ambos que *"entre los métodos pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante"*[46]-[47]. Además, estas medidas pueden ser destinadas también a una destrucción parcial del grupo protegido sometido a estas condiciones.

d) Ejecutar medidas destinadas a impedir nacimientos (*Imposing measures intended to prevent births within the group* / *Prendre des measures visant à entraver les naissances au sein du groupe*)

Lo que se busca es atentar contra la continuidad biológica del grupo. En el caso Akayesu se consideró que caben en este subtipo conductas tales como la separación de sexos y

[44] Decision of: 2 September 1998 *Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu* Case No. ICTR-96-4-T.

[45] [..."the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture"]. *The Israeli Government Prosecutor General vs. Adolf Eichmann. Jerusalem District Court*. 12 de diciembre de 1961 en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340. Tomado de Kai, Ambos. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional, ob. cit.*

[46] *Prosecutor vs. Akayesu.* Tomado de Ambos, Kai. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*, *ob. cit.*, p. 27.

[47] AMBOS, Kai. *Los crímenes del Nuevo…*, *ob. cit.*, p. 27.

la esterilización. Incluso se consideró viable que se tipifique el hecho de decidir el no tener hijos como consecuencia de un trauma ocasionado por un acceso carnal violento. También se puede citar los casos de la toma de medidas como el acceso carnal violento tendientes a modificar los aspectos étnicos o raciales de un determinado grupo.

e) Trasladar niños por la fuerza de un grupo a otro (*Forcibly transferring children of the group to another group* / *transfert forcé d´enfants du groupe à un autre groupe*)

Estas conductas típicas impiden que los niños puedan desarrollarse dentro del seno del grupo a que pertenecen, con el fin de desarraigarlos de su entorno. Hay autores que consideran estas conductas como un genocidio cultural[48]. Así mismo, de acuerdo con los elementos de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, *"La expresión «por la fuerza» no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción"*.

Un último punto a considerar respecto de este subtipo penal de genocidio lo constituye la precisión que hacen los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma en el sentido de considerar como niños a toda persona menor de 18 años.

4.5. EL CONTEXTO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Cualquiera de los subtipos que se corresponden con esta figura se cometen por lo general dentro de un contexto generalizado de violencia, aunque teóricamente se puede admitir que una persona, mediante una sola conducta, con el ánimo de destruir total o parcialmente a un grupo protegido, pueda cometer genocidio. Sin embargo, en la práctica esto último es muy difícil que suceda. Además, de acuerdo con los elementos de los crímenes, en relación con el genocidio, se alude a la noción de un contexto determinado[49]. En efecto, se requiere *"Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción"*. Finalmente, cabe reiterar que se tipifica el genocidio, en su aspecto objetivo, aun cuando recaiga la conducta en una sola persona del grupo.

4.6. EL TIPO SUBJETIVO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

De acuerdo con el Estatuto de Roma en su artículo 30, se requiere el dolo, es decir, la intención y el conocimiento en cualquiera de las conductas que lo tipifican. Debe existir dolo respecto a las conductas que tipifican el genocidio, y además debe existir un *dolus specialis,* es decir, tener el ánimo o la intención de destruir total o parcialmente un miembro o miembros de determinado grupo protegido en razón de su pertenencia al mismo. Es pues un aspecto subjetivo especial dirigido por la intolerancia. Lo que se debe apreciar, más allá de la individualización de la víctima o víctimas, es la destrucción, en todo o en parte, del grupo.

También puede ocurrir que, de acuerdo con el derecho penal internacional, el aspecto subjetivo puede estar representado en una imprudencia grave (que en los sistemas de *common law* se denomina *recklessness*[50]). Por ejemplo, en el caso del hecho de trasladar niños por la fuerza de un grupo a otro, los elementos de los crímenes exigen la posibilidad de que el autor *hubiere debido saber* que los trasladados son menores de edad[51].

4.7. CASO ESPECIAL DE INCITACIÓN AL GENOCIDIO

4.7.1. Aspecto objetivo

El artículo 25.3 e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé una disposición especial referente al crimen de

[48] WERLE, Gerhard, *ob. cit.*, p. 330.

[49] Para autores como Gerhard Werle el contexto en este delito se desplaza al tipo subjetivo.

[50] Para algunos recklessness, es una figura intermedia entre el dolo y la culpa; siendo sin embargo, más cercana al dolo. Ver: DIAZ, Pita María del Mar. *El dolo eventual.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1994. pp.250 – 256. Respecto a la mayor inclinación de esta figura hacia el dolo, ver: HALL. *General Principles of Criminal Law.* Segunda edición, 1960, pp. 115, 120 y 128; citado por DÍAZ PITA en su libro, p. 254.

[51] Aquí se marca una diferencia clara con el derecho penal colombiano. Para que se pueda considerar la modalidad culposa, así lo debió prever el legislador. Luego se constata que no está consagrada la modalidad culposa en el genocidio. En consecuencia, a lo sumo se castigará esta conducta, en Colombia, si la conducta ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. Ver discusión sobre "genocidio culposo" y "hubiere debido saber" en: MATEUS RUGELES, Andrea. *Genocidio y Responsabilidad Penal Militar: Precisiones en torno al artículo 28 del Estatuto de Roma*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

genocidio. Una persona puede ser investigada, juzgada y sancionada en caso de una incitación pública y directa para la comisión de este grave crimen. Lo público debe apreciarse desde una dimensión de espacio y de expresión. En efecto, para que se tipifique este caso de incitación debe producirse en un lugar de acceso público en donde pueda confluir una pluralidad de personas, con el fin de dar un mayor impacto.

En consecuencia, se excluyen los recintos privados o restringidos. Sin embargo, y de conformidad con los grandes avances de la tecnología de las telecomunicaciones pueda que se envíen mensajes dentro de recintos privados, pero que se reproduzcan en sitios públicos. De otro lado, esta incitación puede consistir en manifestaciones verbales, escritas y hasta pictográficas. Así las cosas, *la incitación pública se caracteriza por un llamado a cometer un crimen, (…) utilizando medios de comunicación, por ejemplo radio o televisión*[52].

En segundo lugar, esta incitación debe ser directa. Al igual de lo que ocurre en el Derecho Penal Internacional en cuanto al genocidio, el mensaje que se quiere transmitir debe ser suficientemente preciso, de manera que los receptores puedan comprenderlo. Se excluyen expresiones vagas o indirectas. La comprensión del mensaje debe tener como consecuencia orientar los espíritus, sobretodo los más débiles. En este caso *se rompe con la dependencia del acto de complicidad abandonando el principio de accesoriedad*[53]. En Colombia, este delito es de peligro concreto que se configura con independencia de sí se comete finalmente el genocidio.

4.7.2. Aspecto subjetivo

Se debe acudir, en el caso de la incitación al genocidio, al artículo 30 del Estatuto de Roma. Es decir, debe haber una intención y conocimiento de destruir total o parcialmente a un grupo protegido.

4.8. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO PENAL DE GENOCIDIO

4.8.1. Consumación y tentativa

El genocidio puede ser consumado o tentado, aunque en el caso de la incitación a este crimen se consuma con los solos actos de provocación.

4.8.2. Concursos

Como quedó establecido, el genocidio protege un bien jurídico supraindividual, pero no es menos cierto que también hay actos que afectan bienes jurídicos individuales. Lo importante es determinar el contexto para precisamente tener en cuenta el criterio global o sistemático de dichas conductas. Sin embargo, para que se tipifique como un solo genocidio, se debe acudir a un criterio razonable de espacio y tiempo en el que ocurren los ataques de manera individualizada.

Finalmente, el crimen de genocidio puede perfectamente concursar con crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, es decir, puede concebirse un concurso heterogéneo, sucesivo o simultáneo. En efecto, la Sala de Juicio de Primera Instancia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia señaló que es posible que concurse el homicidio que constituye un crimen de genocidio y el homicidio que constituye un crimen de guerra. El contexto de uno y otro son disímiles (en el genocidio se requiere la intención de destruir en todo o en parte un determinado grupo, mientras que en el crimen de guerra el acto individual debe realizarse en el contexto de un conflicto armado)[54]. En este caso se juzgó la responsabilidad penal por los crímenes cometidos en la toma del enclave de Srbrenica declarada paradójicamente como zona de seguridad por parte de las Naciones Unidas, por las fuerzas serbio-bosnias, en donde los musulmanes bosnios sufrieron condiciones de exterminio. También el Tribunal Penal Internacional para Ruanda dispone el concurso material entre crímenes de lesa humanidad y genocidio[55]. De acuerdo con la Estructura del Estatuto de Roma, bien puede pensarse que se continúa con la posibilidad jurídica de constatar un concurso material de delitos.

4.9. EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

> ***Art. 101. Genocidio.*** *El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales*

[52] ICTR-96-4, Sentencia de Primera Instancia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 556, caso Jean Paul Akayesu.

[53] AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 34.

[54] Ver IT-98-33, Sentencia de Primera Instancia del 2 de agosto de 2001, párrafos 680-681,caso Kristic.

[55] Ver ICTR-93-13 Sentencia de la Sala de Apelaciones del 16 de noviembre de 2001, párrafo 366, caso Alfred Musema.

vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo[56].

4.9.1. Bien jurídico tutelado

El delito de genocidio lesiona la integridad del grupo, por lo cual el bien jurídico bajo tutela es supraindividual, o "grupal de la persona humana pero como integrante de una comunidad"[57]. Esto quiere decir que la titularidad del bien jurídico reside en el grupo aún cuando la violación a este se materialice en conductas que además violen bienes jurídicos individuales. Analizando la sistemática del Código Penal colombiano, es importante destacar que es el primer delito que encabeza la lista de delitos que atentan contra la vida e integridad personal[58], es decir, se le acuerda una importancia a este delito que se compadece con los estándares internacionales.

4.9.2. Tipo objetivo

A diferencia de otros delitos internacionales que tienen sujeto activo cualificado, el delito de genocidio puede ser cometido por cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo es cualificado porque la conducta debe estar dirigida a la destrucción parcial de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político. Esto último señala la originalidad de nuestra legislación y se incorporó a pesar de las críticas hechas en el sentido que "*los grupos políticos carecen de identidad, no son homogéneos ni estables, ni fácilmente identificables*"[59]. Sin embargo, en Colombia se incluyó el concepto de grupo político como sujeto pasivo del delito, aceptando que el ataque a un individuo puede estar motivado por su pertenencia a un grupo de esta índole, y por lo tanto el criterio de intencionalidad de destrucción parcial o total del grupo también se concretaría cuando el motivo de la agresión es la vinculación política del sujeto[60].

Otra diferencia entre el tipo penal colombiano y la definición contenida en el Estatuto de Roma es que en Colombia el embarazo forzado se incluyó como forma de cometer genocidio, lo cual tiene pleno sentido en tanto es posible atentar contra las características raciales (en el caso de los grupos étnicos) por medio del embarazo forzado.

4.9.3. Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del delito de genocidio se compone de los siguientes aspectos: en primer lugar, la conducta tiene que ser llevada a cabo de manera dolosa, en su modalidad directa o al menos a título de dolo eventual, es decir que el autor debe tener conocimiento e intención de llevar a cabo la conducta. No puede existir la modalidad culposa en el derecho interno debido a que rige el sistema de *numerus clausus* con relación a los tipos imprudentes, pero existe un elemento subjetivo adicional, porque no es suficiente el conocimiento y la voluntad, ya que también se requiere que su comportamiento esté guiado por la intencionalidad de destruir el grupo total o parcialmente en razón a su pertenencia al mismo.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional ha sido particularmente prolija en la identificación de los elementos que constituyen este

[56] La pena fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en la tercera parte respecto del mínimo y en la mitad del máximo, respetando el máximo de la pena privativa de la libertad fijada en Colombia.

[57] GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes de lesa humanidad.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, p. 149.

[58] Es interesante anotar que el genocidio forma parte de los denominados crímenes contra la humanidad en el Código Penal español, crímenes contra la humanidad como acontece en el Código Penal francés y en el Código Penal peruano. De igual forma véase el código de delitos contra el Derecho Penal Internacional alemán de acuerdo con las disposiciones del Código Penal Internacional alemán (*Volkerstrafgesetzbuch*).

[59] APONTE, Alejandro. "Informe nacional Colombia", en AMBOS, Kai y Malarino, Ezequiel. *Persecución penal nacional e internacional de crímenes internacionales*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, p. 208.

[60] El Código Penal francés, en su artículo 211-1, va mucho más allá porque protege a **cualquier otro determinado con base en otro criterio arbitrario.** Luego es extensiva la interpretación que se deriva de esta última disposición.

crimen[61]. Empero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado concretamente respecto del crimen de genocidio, en primer lugar porque los hechos fallados tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, y en segundo lugar porque con la reciente entrada en vigencia del Código Penal, aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse. En efecto, no obstante que existen fallos que analizan hechos que en sí mismos podrían ser tipificados como genocidio[62], puesto que hubo actos delictivos que se dirigieron contra unas personas de determinada tendencia política, en razón precisamente a esa pertenencia y dentro del marco de un conflicto armado interno. La Corte avaló la condena por otros delitos tales como el terrorismo en concurso con el concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales agravadas.

4.10. APOLOGÍA DEL GENOCIDIO

Se tipifica en el artículo 102 del Código Penal colombiano:

> *"El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años"*[63].

4.10.1. Tipo objetivo de la apología del genocidio

De conformidad con la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española, apología es un "*Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo*"[64]. Para la mayoría de la doctrina la apología equivale a la incitación. Otros, en cambio, consideran que la incitación es anterior a la comisión del crimen de genocidio, mientras que la apología hace alusión a la glorificación de actos pretéritos constitutivos del tipo. Más allá de la discusión meramente doctrinal, lo cierto es que el artículo 102 parece englobar las dos situaciones.

Así mismo, este artículo tiene una redacción más ambigua y amplia respecto de las disposiciones internacionales sobre el tema. En efecto, del tenor literal no se exige que la incitación sea pública (podría tipificarse en gracia de discusión si la apología se realiza en sitios privados o restringidos, con lo cual se iría en contravía con lo dispuesto en la normatividad internacional).

En segundo lugar, el artículo no menciona que esta incitación deba ser directa. El mensaje que se quiere transmitir debe ser suficientemente preciso, de manera que los receptores puedan comprenderlo. Se debe excluir expresiones vagas o indirectas. La comprensión del mensaje debe tener como consecuencia orientar los espíritus, sobretodo los más débiles. En este caso *se rompe con la dependencia del acto de complicidad abandonando el principio de accesoriedad*[65]. Este delito de peligro concreto se configura con independencia de si se comete finalmente el genocidio.

4.10.2. Tipo subjetivo de la apología del genocidio

En cuanto al tipo subjetivo, la apología del delito requiere el dolo, sea directo o eventual, ya que de la incitación se debe desprender de manera previsible las nefastas consecuencias dejando al azar su producción. No se prevé en nuestro ordenamiento la comisión culposa de la apología, por el sistema de *numerus clausus* que rige para los delitos imprudentes.

Un sector de la doctrina considera que, con ocasión de este delito, existe una tensión con el derecho constitucional de la libertad de expresión[66]. Sin embargo, por la magnitud y particular importancia del bien jurídicamente tutelado, el derecho a la expresión debe tener unos límites claros y razonables, de manera que no puede usarse como pretexto para destruir total o parcialmente a un grupo protegido. Finalmente, cabe reiterar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre

[61] Podemos citar las Sentencias C-171 de 2001, C-181 de 2001, C-578 de 2002, C-148 de 2005, sólo a título de ilustración.

[62] Ver Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de octubre de 2001, Rad. 18449. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[63] Penas que se aumentaron por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

[64] *http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=apolog%EDa*

[65] AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 34.

[66] Consúltese GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. "Delitos contra la vida y la integridad personal", en *Lecciones de Derecho Penal, parte especial.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 916 y 917.

la identificación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal es deficitaria, por las mismas razones que se anotaron respecto de la problemática presentada en el artículo 101.

5. Tipología de los crímenes de lesa humanidad

5.1. TIPOLOGÍA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Por crimen contra la humanidad, o *crimen de lesa humanidad,* entiende la doctrina[67], *"diferentes tipos de actos inhumanos graves cuando reúnan dos requisitos: la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque"*.

Establece también Joana Abrisketa que, *"El ataque generalizado quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. A pesar de que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945 (el primer instrumento internacional que habla expresamente de crimen contra la humanidad), no incluía el requisito de la generalidad, su Tribunal, al examinar los actos inhumanos como posibles crímenes de lesa humanidad, subrayó que la política de terror «se realizó sin duda a enorme escala». En este sentido, el Estatuto aclara que por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización"*.

La clasificación y desarrollo del concepto de crimen contra la humanidad nace vinculada a la violación de cláusulas y normas dirigidas a la regulación del derecho en la guerra (*ius in bello*), término que aparece inicialmente en la "*Cláusula Martens*" contenida en la IV Conferencia Internacional de La Haya, referida a las Leyes y Costumbres de la guerra terrestre. La cláusula señala que:

> *"Los habitantes y los beligerantes quedarán bajo la protección y sujetos a los principios de Derecho de gentes tal y como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"*[68].

Sin embargo, la mención que se hace a las "leyes de la humanidad" no contiene ningún tipo de elemento que permita identificar una relación clara con el actual concepto de "crímenes de lesa humanidad".

Ese vínculo con las leyes de la guerra se convierte en un obstáculo durante los procesos dirigidos a enmarcar las conductas de los países del eje, bajo un criterio que permitiera responsabilizarlos internacionalmente por las acciones perpetradas contra los propios nacionales.

En efecto, el derecho de la guerra resultaba ineficiente por no contemplar crímenes realizados en contra de nacionales, esto sumado al carácter sistemático de las violaciones, los programas de destrucción dirigidos a grupos seleccionados según criterios religiosos, raciales, entre otros, y la comisión de delitos en contra de la población de los territorios ocupados por la Alemania Nazi, condujo a la inclusión de una categoría de crímenes contra la humanidad en el Acuerdo de Londres de 1945.

Dicho acuerdo establece los crímenes de competencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, y señala en el art. 6c, que serán competencia del Tribunal:

> *"Los crímenes contra la humanidad: es decir, asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos en ejecución o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal o construyan o no una violación de la legislación interna del país donde se hubieran perpetrado".*

Este concepto constituye una alternativa subsidiaria o complementaria para facultar al Tribunal a investigar y sancionar los delitos cometidos antes de la guerra, lo que implica una ampliación del ámbito en el cual se ubican los crímenes competentes al derecho internacional, pero sigue sin desvincular dichas violaciones al derecho de la guerra.

Después de la Segunda Guerra Mundial los crímenes de lesa humanidad fueron perseguidos escasamente dentro

[67] ABRISKETA, Joana. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Definición de Crimen de Lesa Humanidad. Página de internet: http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/47

[68] GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 107.

de las jurisdicciones nacionales (podemos citar el juicio contra Adolph Eichmann en Israel o contra Maurice Papon o Klaus Barbie en Francia).

Los crímenes de lesa humanidad se desarrollan dentro del fenómeno denominado *macrocriminalidad*[69]. Ahora bien, desde el punto de vista técnico jurídico, conviene distinguir esa clase de crímenes del crimen de genocidio. Ciertamente, ambas clases de crímenes atentan contra bienes jurídicos supraindividuales. Al respecto debemos anotar que:

> *"El tipo de crímenes contra la humanidad es sin embargo más amplio que el del delito de genocidio: los crímenes contra la humanidad no tienen que ir contra un determinado grupo de personas, sino simplemente contra la población civil. Se incluyen por tanto y principalmente, aquellos delitos que atañen a los grupos políticos u otros no comprendidos dentro de los grupos protegidos del genocidio. Al contrario de lo que ocurre con el genocidio, tampoco se exige aquí que el autor tenga la intención de destruir total o parcialmente al grupo"*[70].

5.2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como afirmamos, se protege en este caso intereses jurídicos cuyo titular es la humanidad entera, así como la seguridad y paz del mundo, aunque también se afecta bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad, entre otros. En los crímenes de lesa humanidad también existe un **elemento internacional**.

5.3. TIPO OBJETIVO

Los crímenes de lesa humanidad se cometen en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra parte de una población civil. El artículo 7.2 a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que:

> *"Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".*

Este ataque puede ser en tiempos de paz o en tiempos de conflicto armado. El ataque debe ir dirigido contra las personas que forman parte de la población civil. Son personas que están indefensas ante grandes aparatos de poder, sea estatales o paraestatales, por ende la población civil debe estar fuera de esos ámbitos de poder de derecho o *de facto*, según el caso.

El adjetivo generalizado se refiere a un aspecto cuantitativo[71], ya que se requiere que se dirija hacia un número importante de personas[72]. El adjetivo sistemático obedece al aspecto cualitativo en el sentido de que se requiere una empresa criminal común como traducción de una política metodológica destinada para tal fin, por lo cual se excluyen actos esporádicos o casuales que no pueden tipificarse como crímenes de lesa humanidad.

En el derecho penal internacional exige una alternatividad respecto de estos dos elementos: el ataque puede ser generalizado **o** sistemático.

Estos actos pueden estar dirigidos por un gobierno, o parte de él, o por otro grupo organizado de manera sofisticada que muestre su actuar violento en torno a este aspecto. Como consagra los elementos de los crímenes el artículo 7.3, "*Se entiende que la «política... de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil".* Además, este instrumento señala que *[L]a política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.* No hay ninguna exigencia de que esta política sea adoptada formalmente como la política de un Estado. Sin embargo debe haber una especie de plan preconcebido o de política organizativa con fines delictivos.

---

69 Para un estudio detallado sobre le macrocriminalidad como elemento internacional de los crímenes que atentan contra la humanidad, consúltese AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* Traducido al castellano por Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 44 y ss. Consúltese también WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* pp. 17 y ss. Así mismo, pp. 148 y ss.

70 WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 350. Hay que precisar que, de acuerdo con la particularidad establecida por nuestro Código Penal, sí se consagra el genocidio político como una modalidad de este crimen.

71 WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 362.

72 Aunque en los elementos de los crímenes se alude a que el ataque puede dirigirse contra una persona, lo que podría generar confusión interpretativa.

Así mismo, se considera que la política de un determinado Estado, tendiente a la negación injustificada de medidas de protección o la no persecución malintencionada de los responsables de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos de la población civil, puede constituir *medios efectivos de una política de terror o exterminio*[73].

5.4. TIPOS PENALES QUE CONSTITUYEN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Se abordarán los hechos individuales que se cometen dentro del marco de ese hecho generalizado o sistemático.

5.4.1. Asesinato

Se debe causar muerte a una o más personas.

5.4.2. Exterminio

Este delito es entendido por la doctrina de la siguiente manera: el exterminio "abarca la imposición deliberada de condiciones de vida tales como la privación del acceso a comida y medicinas con la finalidad de causar destrucción de una parte de la población"[74].

Por su parte, la jurisprudencia ha puesto de presente que *"el exterminio es un crimen contra la humanidad, de conformidad con el artículo 3 (c) del Estatuto. El exterminio es un crimen que en su misma naturaleza es dirigido contra un grupo de individuos. El exterminio se diferencia del asesinato en el cual se requiere un elemento de destrucción de masas que no es requerido para el asesinato"*[75].

Además ha establecido que los elementos esenciales del exterminio son: *"1. el acusado o su subordinado participaron en la matanza de ciertas personas llamadas o descritas; 2. el acto o la omisión era ilegal e intencional; 3. el acto ilegal o la omisión debe ser parte de un ataque extendido o sistemático; 4. el ataque debe darse contra la población civil; 5. el ataque debe darse por razones discriminatorias, a saber: razones nacionales, políticas, étnicas, raciales, o religiosas"*[76].

Al respecto, hay que mencionar los elementos del tipo de la misma manera como se establecen en la Jurisprudencia Internacional. En este tema el Tribunal de Ruanda estableció que,

> *"La ofensa mencionada debe ser parte de un ataque que tiene dos características antes de la calificación como un crimen contra la humanidad. Primero, el ataque debe ser extendido o sistemático. «Extendido» es definido como masivo o a gran escala, implicando a muchas víctimas; «Sistemático» se refiere a un modelo organizado de conducta, a diferencia de actos arbitrarios o no relacionados comprometidos antes del segundo acto independiente, el ataque debe ser «contra cualquier población civil por razones nacionales, políticas, étnicas raciales o religiosas». En otras palabras, el ataque en total, pero no la ofensa individual, debe ser cometido sobre estos grupos en particular"*[77].
>
> *"La exigencia que la comisión de la ofensa menciona, es que el actor ha de ser «parte» del ataque. Esta definición es la que suministra el* ***mens rea*** *único a crímenes contra la humanidad. El autor no tiene que tener la intención de discriminar sobre una de las razones enumeradas, pero como mínimo, debe saber que su acción es parte de un ataque extendido o sistemático contra civiles por razones discriminatorias"*[78].
>
> *"Además de las exigencias generales para un crimen contra la humanidad, el exterminio requiere que el autor tenga la intención de cometer actos dirigidos en contra de un grupo de individuos en conjunto, y cuyo efecto debe causar un homicidio de masas. Esto distingue la ofensa del asesinato, cuyo elemento material puede estar satisfecho por el homicidio de una sola persona, y la prueba que el autor quiso la muerte de esa sola persona, aunque como parte de un ataque extendido o sistemático"*[79].
>
> *"El exterminio puede ser cometido menos directamente que el asesinato, como por la participación intencional de causar la muerte de un número grande de individuos, pero sin cometer un homicidio en contra de cualquier persona. La causalidad sin embargo*

[73] WERLE, Gerhard, *ob. cit.*, p. 368.

[74] En *Prosecutor v. Kayishema.* Tomada de AMBOS, Kai. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*, p. 66.

[75] *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T.

[76] *Ídem*.

[77] International Criminal Tribunal For Rwanda. Case Nº ICTR-2001-71-I. The Prosecutor V. Emmanuel Ndindabahizi.

[78] *Ídem*.

[79] International Criminal Court For Rwanda. Case Nº ICTR-2001-71-I. The Prosecutor V. Emmanuel Ndindabahizi.

debe ser establecida llamando o describiendo a las víctimas, y estableciendo la manera en la cual el acusado contribuyó, o participó en sus muertes. Si un acusado ha contribuido suficientemente a la matanza de masa, dependerá de una evaluación concreta de los hechos"[80].

En el Estatuto de Roma, en el artículo 7.2b), se expresa que *El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.*

Como actos de exterminio puede citarse el hecho de encerrar a un grupo de personas privándolas del acceso a sus necesidades básicas, o infectar con un virus letal para que la población se contagie, o privarlas de tratamientos médicos.

5.4.3. Esclavitud

De acuerdo con el Estatuto de Roma, 7.2.c), *por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.* Lo anterior se complementa con el artículo 7.1.c) 1, en el sentido que *el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad*. El concepto de esclavitud puede ser dinámico y no sólo comprender los actos tradicionales que lo componen. Debe entonces analizarse desde un concepto funcional, y considerar que la esclavitud puede darse por coacción física o psíquica. Por último, puede considerarse que la trata de personas, en especial de mujeres, niños o niñas, puede constituir actos sistemáticos o generalizados de esclavitud.

5.4.4. Deportación o traslado forzoso

El artículo 7.2d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional entiende *por "deportación o traslado forzoso de población" (…) el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional*.

La deportación es transfronteriza, mientras que el traslado es dentro de las fronteras de un mismo Estado. Estas prácticas deben ser contrarias al Derecho Internacional, por ello son atípicas las medidas de expulsión por razones de seguridad nacional, de orden público[81], y aquellas que son necesarias para proteger a la población civil por imperiosas necesidades militares.

5.4.5. Privación de la libertad

Se da cuando, como consecuencia de un ataque generalizado o sistemático, se priva de la libertad a una persona o al menos se limita su locomoción (sólo se puede mover en guetos o campos de concentración). Se distinguen dos situaciones: cuando se priva de la libertad a una persona fácticamente (secuestros), o cuando se le priva a una persona de su libertad sin que se sigan los procedimientos y garantías constitucionales y legales respectivas (por ejemplo detenciones arbitrarias).

5.4.6. Tortura

Tortura significa "*la imposición de dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales a una persona bajo la custodia o el control del acusado*"[82].

Se considera que la tortura es un crimen contra la humanidad[83] y que, en ese orden de ideas, puede ser entendida como *"(…) cualquier acto según el cual el dolor intenso o el sufrimiento, o físico o mental, intencionadamente son infligidos a una persona con objetivos específicos como la obtención de información de una persona o una confesión, el castigo por un acto cometido o por ser sospechoso de haberlo cometido, o la intimidación o por cualquier razón basada en la discriminación de cualquier clase, cuando tal dolor o sufrimiento son infligidos en la instigación o con el consentimiento de un funcionario público u otra persona que actúa en una actividad oficial"*[84].

---

80 *Ídem*.

81 De acuerdo con el derecho internacional no está permitido las expulsiones masivas de extranjeros; en cambio las expulsiones individuales sí están permitidas siguiendo los derroteros del debido proceso.

82 AMBOS, Kai. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*.

83 Para una interesante aproximación del concepto de tortura, consúltese a BUENO, Gonzalo. *El concepto de tortura y de otros tratos crueles, degradantes o inhumanos en el derecho internacional de los derechos humanos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/46bueno.pdf

84 *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T.

Pero el delito no solamente tiene una definición clara impuesta por la interpretación jurisprudencial, sino que de igual manera tiene una serie de elementos que son, a saber:

> *"(i) el autor intencionadamente debe infligir el dolor severo físico o mental sobre la víctima para uno o varios de los objetivos siguientes: (a) para obtener información o una confesión de la víctima o una tercera persona; (b) para castigar a la víctima o una tercera persona por un acto cometido o que se sospecha que se cometió por cualquiera de ellos; (c) con el objetivo de intimidar u obligar a la víctima o a una tercera persona; (d) por cualquier razón basada en discriminación de cualquier clase. (ii) El autor era un funcionario, o actuó en la instigación, o con el consentimiento o el de un funcionario, o la persona que actúa en una función oficial"*[85].

Además de lo anterior, la jurisprudencia internacional encuentra que la tortura es un crimen contra la humanidad si se satisfacen los siguientes elementos:

> *"(a) la Tortura debe ser cometida como parte de un ataque extendido o sistemático;*
> *"(b) el ataque debe darse en contra de la población civil;*
> *"(c) el ataque debe ser lanzado por razones discriminatorias, a saber: razones nacionales, étnicas, raciales, religiosas y políticas"*[86].

A grandes rasgos, esto se compadece con lo preceptuado en el Estatuto de Roma que reza:

> *Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.*

Esta definición difiere de la contenida en la Convención contra la Tortura de 1984, ya que se exige en el Estatuto que la tortura se realice sin ningún tipo de finalidad. Tampoco exige la participación de un servidor público, como sí lo exige la Convención contra la Tortura. Se incluye, en consecuencia, personas pertenecientes a grupos de poder *de facto*, e incluso cualquier persona podría ser sujeto activo del delito de conformidad con el Estatuto de Roma.

Las modalidades de tortura son variadas y no configuran un catálogo cerrado, y pueden consistir en aflicciones físicas o mentales.

5.4.7. Violencia sexual

Al respecto, se distingue:

a) Violación

Frente al tema la jurisprudencia internacional ha entendido varios puntos de gran importancia: el primero de ellos es que *"la violación constituye crímenes contra la humanidad, de conformidad con el Artículo 3 (g) del Estatuto, la Cámara debe definir la violación, debido a que no hay comúnmente una definición aceptada de este término en la ley internacional. Mientras la violación ha sido definida en ciertas jurisdicciones nacionales como la cópula no consensual, las variaciones sobre el acto de violación pueden incluir los actos que implican la inserción de objetos y/o el empleo de orificios corporales sin ser intrínsecamente sexuales"*[87].

También consideran los censores que *"la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del crimen de violación no pueden ser capturados en una descripción mecánica de partes de cuerpo y objetos. La Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes no cataloga actos específicos en su definición de tortura, enfocando más bien el trabajo de marco conceptual en la violencia sancionada. Este acercamiento es más útil en la ley internacional. Como la tortura, la violación es usada para tales objetivos como la intimidación, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es una trasgresión a la dignidad personal, y la violación de hecho constituye tortura cuando es infligida por o en instigación*

[85] *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T. Consideración Jurídica Nº 594.

[86] *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T. Consideración Jurídica Nº 595.

[87] *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T. Consideración Jurídica Nº 596.

de, o con el consentimiento de un funcionario público u otra persona que actúa como tal"[88].

Podemos mencionar la definición de violación que trae el Tribunal Especial para Sierra Leona en un caso en el que se juzgó este tipo de crimen sexual definiéndola como una *"invasión física de una naturaleza sexual, comprometida sobre una persona en circunstancias coactivas. La violencia sexual que incluye la violación, como se considera, es cualquier acto de naturaleza sexual que es cometido sobre una persona en circunstancias coactivas. Este acto debe ser cometido:*

> *"(a) como parte de una amplia extensión o ataque sistemático;*
> *"(b) sobre una población civil;*
> *"(c) por razones discriminatorias, a saber: razones nacionales, étnicas, políticas, raciales, o religiosas"*[89].

La anterior jurisprudencia fue tenida en cuenta en el Estatuto de Roma, en especial en el artículo 7.1 g.1) de los elementos de los crímenes. En efecto, se requiere:

> *1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.*
> *2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.*

El sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer, y lo fundamental es centrarse en la falta de consentimiento de la víctima, ya que su libertad sexual se encuentra eliminada por esta clase de actos.

b) Esclavitud sexual

Es una forma de esclavitud, y de acuerdo con los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma, se requiere:

> *"Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad y que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual".*

En el caso *Kunarac*, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, trató desde esta óptica los campamentos de violación durante el conflicto que azotó al país balcánico.

c) Prostitución forzada

De acuerdo con el artículo 7.1.g 3) de los Elementos de los crímenes,

> *"Es necesario que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas determinadas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. Además, se requiere que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o con relación a ellos".*

d) Embarazo forzado

Se entiende por esta figura, de conformidad con el artículo 7.2 f) del Estatuto de Roma,

> *"El confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo".*

---

88 *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T. Consideración Jurídica Nº 597.

89 *Prosecutor V. Jean-Paul Akayesu* Case Nº ICTR-96-4-T. consideración Jurídica Nº 598.

Vale la pena aclarar que el tipo *no afecta a las leyes nacionales que prohíben la interrupción del embarazo*[90].

e) Esterilización forzada

Esta figura es novedosa como subtipo autónomo de crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma. De acuerdo con el artículo 7.1.g)-5 de los elementos de los crímenes, se requiere:

- Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica, y
- Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento

f) Otras formas de agresión sexual

En este subtipo se enmarcan aquellos actos de naturaleza sexual que no se enmarquen dentro de los anteriores. De gran importancia resultó el aporte de la jurisprudencia del Tribunal Penal para Ruanda, en donde se *contempló como caso de incluir entre otras formas de violencia sexual el obligar a una estudiante a desnudarse y hacer gimnasia desnuda delante de un grupo de personas*[91].

5.4.8. Persecución

Se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. La persecución puede generarse por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

5.4.9. Desaparición forzada de personas

El Instrumento Internacional que sanciona la desaparición forzada es la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada[92]. A través de este instrumento la Asamblea General condena todo acto de desaparición forzada por ir en contra de la dignidad humana, los derechos humanos, las libertades fundamentales, y lo condena como una "negación a los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas"[93].

Posteriormente, la desaparición forzada se convierte en delito contra la humanidad sancionado por el Derecho Internacional con su inclusión en el literal i), art. 7.1 del Estatuto de Roma, y es descrita en el art. 7 numeral 2 como se presenta a continuación:

> *"Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado".*

El delito de desaparición forzada se compone de una serie de conductas que deben realizarse completamente para constituir el delito. Primero el autor aprehende, detiene[94] o secuestra a una o más personas, y posteriormente se niega a reconocer dicha aprehensión, detención o secuestro y a dar información[95], y por último logra dejar a la víctima por fuera del acceso a mecanismos legales. Además, *la privación de libertad debe llevarse a cabo por encargo o con el consentimiento de un Estado*[96] u otra organización, es decir que a nivel de tipificación en el derecho internacional, el sujeto activo de la conducta debe ser agente del Estado o un particular que actúe bajo la permisividad de éste o de una organización política.

Es necesario, además, que el autor a) ejecute la aprehensión, secuestro, detención, y b) se niegue a dar información y reconocer la privación de la libertad de la víctima, ambas acciones en nombre, con autorización, apoyo o aquiescencia de un Estado u organización política.

---

90 WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 398.

91 WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 400.

92 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/133 del 18 de diciembre de 1992.

93 A raíz de la entrega de informes precedentes acerca de conductas consideradas como desaparición forzosa o involuntaria, la Asamblea General manifiesta en su Resolución 33/173 que se declara "profundamente preocupada" y pide a la Comisión de Derechos Humanos realizar las recomendaciones correspondientes, que posteriormente se concretarán en la firma de la Declaración referida.

94 Elementos del crimen de desaparición forzada. Por detenido se entiende también el hecho de que el autor haya mantenido detenido a quien ya lo estaba. En determinadas circunstancias la aprehensión o detención puede haber sido lícita.

95 Falta nota 95

96 WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 411.

En el desarrollo de esta conducta el autor, además de constituir una grave violación a la dignidad humana y lesionar la libertad de la víctima, restringe su facultad de acceder a la justicia y priva a sus familiares del derecho a la información acerca de su condición y paradero.

En relación con lo anterior, es entonces necesario que el autor tenga conocimiento y sea consciente de que la aprehensión, detención o secuestro irán seguidos de la negativa de dar información y reconocer la privación de la liberad de la persona o personas[97] retenidas y que, además, la conducta esté dirigida por la intención del autor de dejarlas por fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado de tiempo.

5.4.10. *Apartheid*

Por el crimen de *apartheid* se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 del Estatuto de Roma, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. Este tipo penal recuerda indudablemente el régimen segregacionista que imperó en Suráfrica por muchos años, en la que apartaban de sus derechos más fundamentales a personas de raza negra (se les negaba el acceso a un trabajo digno, se prohibían matrimonios interraciales, etc., todo como parte de una política de Estado, por ejemplo).

5.4.11. Otras acciones inhumanas

Como muestra de la flexibilización que tiene el derecho penal internacional, es punible cualquier otra forma similar que signifique un crimen de lesa humanidad. Esta es una cláusula abierta que debe tener una aplicación de acuerdo con el caso que se esté ventilando.

5.5. ASPECTO DEL TIPO SUBJETIVO DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

De acuerdo con el Estatuto de Roma en su artículo 30, se requiere el dolo, es decir, la intención y el conocimiento en cualquiera de las conductas que lo tipifican en todo o en parte, del grupo.

[97] Elementos del crimen de desaparición forzada. "Se entiende que, en el caso del autor (sic) que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría este elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar".

También puede ocurrir que, de acuerdo con el derecho penal internacional, el aspecto subjetivo puede estar representado en una imprudencia grave (que en los sistemas de *common law* se denomina *recklessness)*. Por ejemplo, en el caso del hecho de trasladar niños por la fuerza de un grupo a otro, los elementos de los crímenes exigen la posibilidad de que el autor *hubiere debido saber* que los trasladados son menores de edad[98].

5.6. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO PENAL

En los tipos que requieran resultado se predica la tentativa. Así mismo, un subtipo de lesa humanidad puede concursar efectivamente con un tipo constitutivo de crimen de guerra o de genocidio. Igualmente, puede haber concursos entre subtipos penales de lesa humanidad.

5.7. TIPOLOGÍA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Sea lo primero señalar que en nuestro ordenamiento jurídico-penal no existe una sistemática que abarque los crímenes de lesa humanidad, como ocurre en el Estatuto de Roma, o en otros ordenamientos de derecho comparado. Siguiendo a la doctrina más autorizada, podemos constatar el hecho de que nuestro derecho tipifica *"conductas que pueden ser ubicadas en el contexto general de núcleo duro de derechos humanos. Con base en diversas normas del Código Penal, se puede establecer que dicho núcleo estaría conformado por (…), la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura*[99]. A esto se le agregaría los delitos contra la vida y la integridad, los que atentan contra la libertad y formación sexual que, atendiendo a nuestra propia realidad colombiana, se puede dar en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra un sector de la población civil (mujeres y menores de edad) por razones de discriminación. A pesar del conflicto armado que vive nuestro país, también se tipifican estas acciones como crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando se identifique la estructura que le es propia.

[98] Aquí se marca una diferencia clara con el derecho penal colombiano. Para que se pueda considerar la modalidad culposa, así lo debió prever el legislador. Luego se constata que no está consagrada esta modalidad. En consecuencia, a lo sumo se castigará esta conducta si la conducta ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

[99] APONTE, Alejandro, *ob. cit.,* p. 211.

5.7.1. Homicidio (C.P., artículo 103)

Puede suceder que se atente contra las personas en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil indefensa frente a grupos organizados de poder, pudiendo ser hipotéticamente de origen estatal o de grupos organizados al margen de la organización del Estado (contando o no con la tolerancia o aquiescencia de éste).

Ahora bien, aunque el tipo penal en Colombia no aluda expresamente al contexto generalizado o sistemático en este caso (ni para los otros casos que constituyen el núcleo duro de derechos humanos), lo cierto es que se puede tomar este *hecho global* para catalogar esa conducta como crimen de lesa humanidad y aplicar las agravantes correspondientes que se encuentran taxativamente señaladas en nuestro Código Penal. Tomemos el caso, por ejemplo, de los mal denominados grupos de limpieza social. Muchas veces, dichas organizaciones cuentan con sofisticados aparatos de poder, con independencia o no de la tolerancia de un Estado. Si hay una política criminal de matar a un grupo indefenso que pertenece a la población civil (por ejemplo, indigentes, personas minusválidas, homosexuales, trabajadores o trabajadoras sexuales, etc.) se puede tipificar la conducta como crimen de lesa humanidad, y se debe entonces aplicar las circunstancias genéricas de mayor punibilidad, de acuerdo al artículo 58, numerales 3 (*Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima*), 5 (*Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento,* ***con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima***[100]*, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe)*, ó 9 (*La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio*), sin perjuicio de aplicar otras circunstancias de agravación específicas contenidas en el artículo 104 del Código Penal. Aquí se reafirma nuevamente la tesis de que los crímenes de lesa humanidad son más amplios que el crimen de genocidio, ya que sí se protege grupos no protegidos por éste. En este orden de ideas, es pertinente aludir que el sujeto pasivo nuevamente vuelve a ser cualificado.

Por el contrario, si esos ataques se dan esporádica o aisladamente, sin formar parte de un ataque metódico y organizado de conformidad con los parámetros internacionales, se puede hablar a lo sumo de homicidio agravado pero no de crimen de lesa humanidad en estricto sentido técnico jurídico[101], es decir, como un tipo penal que contiene un **elemento internacional.**

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sí ha hecho alusión al término de crímenes de lesa humanidad, aunque de manera tímida y tomando como base la legislación anterior a la de 2000[102], ya que tipifica otros delitos cometidos con sevicia y barbarie tales como el homicidio y lesiones agravadas con fines terroristas, entre otros.

5.7.2. Tortura (C.P., artículo 178)

Este tipo penal se consagra en los siguientes términos:

> *"El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.*
>
> *"En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.*
>
> *"No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas"*[103].

De manera sistemática, este delito se encuentra en el capítulo de delitos contra la autonomía personal. Así mismo, la Ley 70 de 1986 aprueba la "Convención contra

[100] El destacado es nuestro.

[101] Ya habíamos advertido de la necesidad de abordar la problemática despojado de cualquier apasionamiento político y meramente subjetivo.

[102] Véase Sentencia del 25 de octubre 2001 ya aludida. Así mismo, consúltese las Sentencias 24448 del 12 de septiembre de 2007, M.P.: Augusto Ibáñez (caso de La Gabarra) y 23825 del 7 de septiembre de 2007, M.P.: Javier Zapata Ortiz (caso Machuca).

[103] Debe tenerse en cuenta que la Ley 890 de 2004 elevó las penas.

la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" adoptado en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Los dos artículos (178 del Código Penal y 1 de la Convención) coinciden en la mayor parte de los aspectos de la definición de la tortura. Además, ambos excluyen "el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas".

La norma penal en Colombia amplía el concepto de sujeto activo que se encuentra en los instrumentos internacionales. En la medida en que a nivel internacional la tortura pertenece a la categoría de delitos contra la humanidad, el sujeto activo de dicho delito es calificado y debe perpetrar las conductas en concordancia de la ejecución de un ataque bajo la orden o aquiescencia de un Estado o una organización que tenga bajo su poder o control a la víctima, por lo que se entiende referido a funcionarios o funcionarias públicos[104].

En cambio, en el caso colombiano el sujeto activo del delito de tortura es indeterminado, así cualquier particular que desarrolle el verbo rector de la conducta incurrirá en el delito descrito anteriormente. Sin embargo, el artículo 179 consagra un agravante punitivo, en caso de que el sujeto activo sea un servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquél.

Para algún sector de la doctrina la redacción del artículo citado puede constituir problemas dogmáticos y de interpretación, toda vez que su redacción es muy amplia y ambigua y no podría en la práctica identificarse este tipo penal como crimen internacional (ataque generalizado o sistemático) o como crimen ordinario que no posee tal elemento de internacionalidad[105]. En efecto, en la descripción típica en Colombia no se hace referencia a ese carácter generalizado o sistemático, lo cual no obsta para identificar este contexto en algunos casos.

Ahora bien, el catálogo de actos que se enmarcan dentro de la tortura es muy variado y amplio, por ello se debe procurar tener cuenta, con base en las circunstancias de cada caso, qué actos pueden constituir tortura y cuáles no. A manera de ejemplo, son actos de tortura los siguientes:

> *"Arrancar los dientes de las uñas; descargas eléctricas en zonas sensibles del cuerpo; golpes en ambos oídos que perforen los tímpanos; rotura de huesos; quemaduras; salpicar ácido en los ojos o en otras partes delicadas del cuerpo; sumergir la cabeza en agua hasta que aparezcan signos de ahogamiento (submarino); taponar la nariz y la boca para causar ahogamiento; enfriamiento causado por potentes ventiladores; administración de medicamentos (psicofármacos); supresión de alimentos, bebidas o sueño; violación"*[106].

En cambio, serían constitutivos de otros tratos degradantes y crueles acciones tales como:

> *"La incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante, a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural (…) las restricciones al régimen de visitas"*[107].

También hay que aclarar que ya no se exige el adjetivo de *grave* en la tipificación del delito de tortura en el caso colombiano, de acuerdo con la Sentencia C-148 de 2005 de la Corte Constitucional. En efecto, este Tribunal declaró inexequible esta expresión, en los siguientes términos:

> *"En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000 el Legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda*

[104] La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscrita el 9 de diciembre de 1985, alude a que serán responsables por esta conducta los empleados o funcionarios públicos que actuando con ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo no lo hagan; o las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. Esta convención fue aprobada por la Ley 406 de 1997. Así mismo, consultar Sentencia C-351 de 1998.

[105] APONTE, Alejandro, *ob. cit.,* p. 214.

[106] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 390. Véase a manera de ejemplo el caso Kvocka en Sentencia de Primera Instancia del 2 de noviembre de 2001 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, párrafos 144 y ss. Así mismo, sobre la problemática de la ampliación de criterios que catalogan como tortura actos inhumanos, crueles o degradantes, consúltese CARO CORIA, Dino Carlos. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, Informe Perú*, Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 284.

[107] Véase Sentencia del 18 de agosto de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Perú, párrafo 89.

de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior".

Considerando además que:

"De acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor"[108].

En este orden de ideas, es claro que no se requiere que efectivamente haya un resultado que atente contra la integridad y autonomía personales, luego lo que debe tenerse en cuenta es que haya un desvalor de acción.

En cuanto al tipo subjetivo, se requiere que se realice en cualquiera de las modalidades de dolo (directo o eventual). No se requiere ninguna finalidad específica distinta al dolo genérico, lo cual también es reconocido por la escasa jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en esta materia[109]. Sin embargo, y a contrario de lo que disponen los tribunales colombianos, e inclusive la Convención pertinente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente fallo, reconoce como uno de los elementos estructurales de la tortura el hecho de que se cometa con **un determinado fin o propósito**[110].

Finalmente, la tortura como crimen de lesa humanidad se debe distinguir de otros tipos penales como el de las lesiones personales, o que puedan constituir otros tratos crueles o inhumanos, lo cual no es fácil dada la amplitud en la redacción del artículo 178[111]. Además, es muy importante tener en cuenta que el operador y la operadora de justicia deben identificar de manera correcta cuándo se tipifica el delito de tortura, para diferenciarlo de otros tipos penales, pero para ello deben tener en cuenta los protocolos internacionales[112], en armonía con lo dispuesto para el efecto en derecho interno.

5.7.3. Desplazamiento forzado (C.P., artículo 180)

El tenor literal del tipo penal dispone que

"El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, o multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

"No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional".

El Código Penal consagra dos tipificaciones del delito de desplazamiento forzado: la primera, anteriormente mencionada, y la segunda, acogida como delito en contra de las personas y bienes de especial protección del DIH.

Ahora bien, en Colombia ocurre un desarrollo particular respecto a la "doble victimización"[113] de la víctima de este delito: en primer lugar, la conducta recae sobre el sujeto pasivo (víctima) y la obliga a desplazarse del lugar donde se encontraba legítimamente, pero posteriormente la víctima es objeto de un reproche social por la situación y contexto en el cual es obligada a vivir.

Es un tipo penal de orden complejo ya que, la mayor parte de las veces, es antecedido por múltiples ataques contra bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la

[108] El artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, consagra que "*Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*".

[109] Consúltese Sentencia del 28 de septiembre de 2001, Rad. 13310. M.P.: Carlos Mejía Escobar.

[110] Ver Sentencia del 11 de mayo de 2007, caso *Bueno Alves vs. Argentina,* párrafo 79.

[111] Esta observación es válida también respecto de la tortura como conducta tipificada con ocasión de un conflicto armado (ver artículo 137 del Código Penal colombiano).

[112] Protocolo de Estambul que contiene el *Manual para la investigación y documentación en relación con la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*.

[113] Ver AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina*. Análisis del caso colombiano por APONTE, Alejandro, *ob. cit.,* p. 216.

libertad. Como denuncia el doctor Alejandro Aponte, hay un *déficit* casi que absoluto en la persecución penal de este delito, toda vez que los operadores y las operadoras de justicia se centran exclusivamente en los tipos penales que anteceden a ese desplazamiento[114].

5.7.4. Desaparición forzada de personas (C.P., artículo 165)

En la sistemática del Código Penal este delito aparece encabezando los punibles que atentan contra la libertad individual y otras garantías.

El artículo 165 del Código Penal preceptúa:

> *"El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.*
>
> *"A la misma pena quedará sometido el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior"*[115].

Así mismo, nuestra legislación consagra circunstancias de agravación y atenuación punitiva en los siguientes términos:

> *"La pena prevista en el artículo anterior será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
>
> *"1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.*
>
> *"2. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma.*
>
> *"3. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.*
>
> *"4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.*
>
> *"5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*
>
> *"6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.*
>
> *"7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.*
>
> *"8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.*
>
> *"9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros".*
>
> ***"Circunstancias de atenuación punitiva.*** *Las penas previstas en el artículo 160 se atenuarán en los siguientes casos:*
>
> *"1. La pena se reducirá de la mitad (1/2) a las cinco sextas (5/6) partes cuando en un término no superior a quince (15) días, los autores o partícipes liberen a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.*

---

[114] APONTE, Alejandro. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, informe Colombia*. Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2008, pp. 173 y ss.

[115] Debe contemplarse el aumento de penas de conformidad con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

"2. La pena se reducirá de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) cuando en un término mayor a quince (15) días y no superior a treinta (30) días, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.

"3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.

"Parágrafo. *Las reducciones de penas previstas en este artículo se aplicarán únicamente al autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información".*

La comisión de este delito, al igual que todas las violaciones a los derechos humanos, no sólo atentan contra bienes jurídicos personales sino que además también desestabiliza la paz y la tranquilidad del conjunto de toda la humanidad. Con razón se afirma que *"se subraya en la norma la protección de la personalidad humana como constructo jurídico: el derecho a ser persona y ser tratado como tal en el contexto de un orden jurídico. La conducta sustrae precisamente a la persona del amparo de la ley"*[116]. Corolario de lo anterior, se puede afirmar que este es un delito pluriofensivo toda vez que este tipo tiene unas características con consecuencias muy complejas que no sólo menoscaba un único derecho fundamental (la libertad), sino que se afectan simultáneamente varios: la vida, la integridad personal y el derecho a tener una protección judicial efectiva [117].

En cuanto a los sujetos activos de la conducta, nuestra legislación es mucho más amplia que los instrumentos internacionales como son, por ejemplo, el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de Belem do Pará del 9 de junio de 1994[118]. En efecto, en derecho penal interno colombiano el sujeto activo no sólo pueden ser servidores o servidoras públicos, sino que también pueden serlo los particulares que no necesariamente deban pertenecer a algún grupo, estuviere o no al margen de la ley[119]. Es decir, y de acuerdo a los parámetros establecidos por el artículo 12 de la Constitución Política.

En cuanto a los actos de tipo objetivo que estructuran este crimen, son: privación de la libertad a una determinada persona, seguida de su ocultamiento y de la negativa de reconocer aquella privación y de dar información sobre su paradero (inclusive el hecho de proporcionar una información errónea puede equipararse a una negativa), para mantenerla sustraída del amparo de la ley[120] Dichos comportamientos deben ser concatenados y realizados con una lógica espacio-temporal. No es necesario que ocasionen el resultado muerte o lesiones personales, o tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, salvo en casos de agravación punitiva.

Con respecto a los agravantes establecidos en el artículo 166 del Código Penal, y en especial la circunstancia agravante consagrada en el numeral 8, se debe analizar el resultado muerte o lesiones personales (físicas o psíquicas) con las reglas de la imputación objetiva, no siendo suficiente con constatar el simple nexo de causalidad derivado de los actos, de conformidad con lo establecido por el artículo 9º del Código Penal.

En el tema de los concursos, el tipo aquí en estudio puede estructurarse en concurrencia con otros tipos penales de lesa humanidad, con el delito de genocidio y con los denominados crímenes de guerra, e incluso con tipos penales comunes. Sin embargo, es interesante anotar que en el numeral 7 del artículo 166 hay un caso de concurso aparente que se resuelve con las reglas de la subsidiariedad: si la desaparición forzada concurre con tratos inhumanos, crueles o degradantes, que no son considerados *per se* como tortura, hay un concurso aparente de delitos salvo que éstos constituyan delito.

Así mismo, la desaparición forzada es un delito de ejecución permanente que se estructura cuando la persona es privada de su libertad, ocultada y seguida de la acción de negar información acerca de su paradero con el fin de sustraerla del amparo de la ley, lo que

[116] APONTE, Alejandro, *Persecución penal…, ob. cit.,* p. 212.

[117] Así lo ha establecido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde sus primeros fallos sobre la materia (consúltese por ejemplo sentencia de fondo del 29 de julio de 1988 caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, y sentencia de fondo del 20 de enero de 1989, caso *Godínez Cruz vs. Honduras).* Así mismo, es interesante evocar jurisprudencia proferida en el derecho comparado en este mismo sentido. Así, por ejemplo, consúltese sentencia del 20 de marzo de 2006 proferida por la Sala Penal Nacional en Perú, en CARO CORIA, Dino Carlos, *ob. cit.,* pp. 276 y ss.

[118] Aprobada por la Ley 707 de 2001.

[119] Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[120] Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

supone un tratamiento particular en punto del tema de la prescripción, como se verá más adelante en este estudio.

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, en el derecho penal colombiano sólo se puede imputar al autor a título de dolo, directo o eventual si en este último caso el sujeto activo previó la conducta como probable pero su producción la dejó librada al azar, lo que se extiende a las circunstancias agravantes.

5.7.5. Otros tipos penales que protegen la libertad

Existen otros tipos penales que configuran un menoscabo de la libertad de las personas y que serán considerados como crímenes de lesa humanidad siempre y cuando se cometan dentro de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, razón por la cual se deben excluir los actos individuales sin esa política organizada. En este orden de ideas, y previa la aclaración aludida, los delitos contra la libertad y que pueden configurarse como crímenes de lesa humanidad, son:

- Secuestro simple (C.P., art. 168).
- Secuestro extorsivo, simple y agravado (C.P., arts. 169 y 170).
- Privación ilegal de la libertad (C.P., art. 174).
- Prolongación ilícita de privación de la libertad (C.P., art. 175).
- Detención arbitraria especial (C.P., art. 176).
- Desconocimiento de hábeas corpus (C.P., art. 177).

Hay que aclarar que los artículos 168, 169 y 170 no requieren una cualificación especial (salvo la circunstancia agravante contenida en el numeral 5 del artículo 170), a diferencia de las exigencias de configuración de los tipos establecidos en el Capítulo Cuarto del Título Segundo del Código Penal colombiano.

5.7.6. Criterio para diferenciar entre la desaparición forzada y otras conductas que atentan contra la libertad individual

En razón a las complejidades de las circunstancias, en no pocas ocasiones les resulta difícil establecer distinciones al momento de tipificar una conducta contra la libertad de las personas como crimen de lesa humanidad, máxime si se trata de un contexto altamente conflictivo como el colombiano. Sin embargo, un criterio sustancial que ayudará a establecer la diferencia consiste en que la desaparición forzada afecta una multiplicidad de derechos fundamentales, mientras que los demás tipos no abarcan una lesión tan pluridimensional.

5.7.7. Delitos sexuales

En lo referente a las agresiones sexuales, pueden constituir crímenes de lesa humanidad si se configura el elemento contextual requerido, de conformidad con lo anteriormente señalado. En nuestra legislación interna no existe una íntegra sistematización con respecto a esta clase de conductas punibles. En efecto, en primer lugar se encuentran delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales (Capítulos I al IV del Título Cuarto del Libro Segundo del Código Penal), pero en otros apartes del compendio penal sustantivo también se consagran tipos penales que se relacionan con dichos bienes jurídicos. Así, por ejemplo, encontramos la inseminación artificial o transferencia de óvulo no fecundado, no consentidas (C.P., art. 187 A) y tráfico de personas con fines de prostitución u otras formas de explotación sexual (C.P., art. 188 A), sólo para ilustrar.

En cuanto al sujeto activo de los delitos aquí señalados, la ley penal colombiana no requiere sujeto activo cualificado, salvo que para agravar la pena se necesite la calidad de servidor público (por ejemplo, art. 188 B, núm. 4 del C. P).

Ahora bien, en cuanto al elemento de violencia que se requiere para algunos delitos, vale la pena recordar que puede ser física o psicológica. Con relación a la definición de los contornos que exige el tipo penal colombiano, y en especial en el caso del acceso carnal, el artículo 212 del estatuto punitivo guarda similitudes con lo establecido por el artículo 7.1.g.1) de los elementos de los crímenes que se integran al Estatuto de Roma[121]. De igual forma, los actos sexuales diversos a los que alude el Código Penal se pueden asimilar a lo establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En cuanto al sujeto pasivo, la persona que es considerada miembro de la población civil puede ser indistintamente un hombre o una mujer, es decir que no se alude a una diferenciación en cuanto al género, aunque es palpable que los instrumentos internacionales se han preocupado

[121] En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se utiliza el término de invasión.

por proteger especialmente los derechos de la mujer y de los niños contra esta práctica abominable en razón a su particular situación de indefensión[122], y la cual se ve violentada en su libertad de autonomía y formación sexual.

También es válido anotar que los delitos sexuales, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, pueden constituir también delitos de tortura u otros actos crueles, inhumanos o degradantes, en armonía con lo preceptuado a nivel internacional, configurando así un concurso de tipos penales.

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, en el derecho penal colombiano sólo se puede imputar al autor a título de dolo, directo o eventual si en este último caso el sujeto activo previó la conducta como probable pero su producción la dejó librada al azar, lo que se extiende a las circunstancias agravantes.

5.7.9. *Apartheid*

En el código aparece un tipo penal que reprime los actos de discriminación racial, consagrado en el artículo 147, cuyo tenor es el siguiente:

> *"El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años"*[123].

Este precepto encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991, empero, aquél se diferencia de los instrumentos internacionales que al respecto se han suscrito. En efecto, en Colombia el crimen de *apartheid*, el cual es también denominado crimen de segregación racial, consiste en la opresión por la cual un grupo poblacional es apartado o no puede disfrutar de las condiciones sociales, económicas de bienestar en una nación en razón a diferencias raciales, religiosas, etc., que son tomadas como causa por la mayoría, generalmente clase gobernante, para actuar en este sentido. El estatuto de Roma establece la comisión de dicho crimen en un contexto de régimen institucionalizado de opresión, mientras que el Código Penal, por su parte, contempla la segregación racial o *apartheid*, entendida dentro del desarrollo del conflicto armado. Además, la fórmula adoptada por el Código Penal colombiano es mucho más sucinta, respecto de las disposiciones internacionales. Finalmente, hay que expresar que en nuestro ordenamiento penal los motivos de discriminación por raza es una causal genérica de circunstancia de mayor punibilidad, de conformidad con el numeral 3 del artículo 58.

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, en el derecho penal colombiano sólo se puede imputar al autor a título de dolo, directo o eventual si en este último caso el sujeto activo previó la conducta como probable pero su producción la dejó librada al azar, lo que se extiende a las circunstancias agravantes.

5.7.9. Ejercicios de la Unidad 1

a) Para analizar: lea atentamente el caso y en seguida responda los cuestionamientos planteados:

> *"En octubre del año 2002, practicantes de Falun Gong presentaron una querella contra el ex líder del Partido Comunista, Jiang Zemin, el hombre que «movilizó un movimiento masivo del tipo de la era de Mao en contra de [Falun Gong…]» de acuerdo al analista de China de la CNN, Willy Lam.*
>
> *"La Corte del Distrito norte de Illinois no consideró el caso, basándose en una sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado de los Estados Unidos. Esta sugerencia, sin embargo, se basaba en la categorización del ex líder del Partido como líder legítimo de la República Popular China, a pesar del hecho de que sus tácticas del tipo de la era de Mao rivalizan con aquellas de los nazis en la Segunda Guerra Mundial, de los bosnios en Bosnia-Herzegovina, y de los kemeres rojos en Camboya. El Séptimo Circuito confirmó por lo tanto la decisión de la Corte del Distrito – a pesar del hecho que el acusado se retiró del Partido Comunista y del puesto de gobierno poco tiempo después que se presentara el caso.*

[122] Consúltese, por ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en Belem do Pará el 9 de junio de 2004. También se encuentran varios informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dan cuenta de esta particular situación.

[123] Penas aumentadas de conformidad con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

"Sin embargo, la política sobre la cual el Departamento de Estado basó su oposición hacia esta querella está desapareciendo rápidamente del escenario americano. Tiranía –tal como indica recientemente Mark Palmer en «El real eje de la perversidad» da pie a la proliferación del tipo de terrorismo que hemos experimentado el 11 de septiembre de 2001, y es una fórmula para el desastre, si no se controla.

"En su libro, Palmer –un ex embajador de los Estados Unidos y un experto por 26 años en el Departamento de Estado de los Estados Unidos– sacó un detallado manual de política exterior en el cual explica cómo librar al mundo de los últimos dictadores: Una colección de 45 líderes que el Sr. Palmer llama «los 45 indeseables del mundo».

"El Wall Street Journal consideró al libro del Sr. Palmer, «Uno de los mejores pero menos notados libros entre todos los tomos que señalan la búsqueda de la paz en la era post-11 de septiembre».

"Por su política de «erradicación» en contra de Falun Gong e implementación de otras atrocidades contra los derechos humanos, Palmer considera al ex líder Jiang Zemin entre los peores de todos.

"La abogada demandante, la Dra. Terri Marsh, está de acuerdo. «El acusado quedará en la historia como uno de los hombres más inescrupulosos del siglo veinte, un hombre que torturó y asesinó a miles de miles de adherentes de Falun Gong, una práctica espiritual basada en la moral y los principios espirituales de verdad, benevolencia y tolerancia», dice la Dra. Marsh. Aparte del hecho de que Jiang nunca fue legítimamente elegido, como es requerido en China por la Constitución, la Dra. Marsh argumenta que estos «indeseables» tales como Jiang Zemin, Saddam Hussein, Adolph Hitler y los kemeres rojos son de por sí ilegítimos líderes de Estado debido a la magnitud de sus crímenes contra la humanidad.

"Abogados internacionales de derechos humanos coinciden y han, uno por uno, desatado una reacción en cadena a nivel mundial de querellas judiciales contra Jiang – en países como Bélgica, España, Francia, Irlanda, Canadá, Islandia, Suiza, Sudáfrica, Grecia, Corea y Taiwán.

"De acuerdo a Theresa Chu, la abogada responsable de la presentación de muchos de estos casos contra Jiang Zemin, todos estos casos juntos forman el «mayor caso internacional de derechos humanos desde la Segunda Guerra Mundial».

"El 7 de febrero de 2005, el caso en los Estados Unidos contra Jiang fue presentado a la Corte Suprema.

"De acuerdo a la Dra. Marsh, es de vital interés para los Estados Unidos el llevar al acusado a la justicia. «Si este caso no es aceptado», dice ella, «eso dañaría el marco de Nuremberg y los principios sobre los cuales nuestra nación fue fundada». Más aún, la opinión del Séptimo Circuito no tiene eco entre otros circuitos al sostener que los crímenes de genocidio y torturas de un ex líder (legítimo o ilegítimo) puedan ser consideradas protegidos e inmune"[124].

Responda los siguientes cuestionamientos:

- Teniendo a la mano el Código Penal, analice si se presentan los elementos que configuran el delito de genocidio en el caso presentado.
- Adicionalmente, verifique qué otros delitos concurren con el de genocidio.
- Si el caso estuviera en su despacho, ¿qué instrumentos internacionales de los vistos en los anteriores capítulos y relativos a derechos humanos se pueden aplicar y se hallan transgredidos?
- ¿Qué derechos fundamentales o de primera generación encuentra conculcados?
- ¿Las circunstancias de agravación del genocidio pueden considerarse como violaciones a otros derechos humanos?

Luego de esta reflexión debe anotarse que el derecho a la vida se considera el principal derecho, en razón a que es el presupuesto fundamental para la existencia, pero sobre todo el ejercicio de los demás derechos. En todos los instrumentos internacionales que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se obliga al Estado a que resguarde a los individuos que se encuentran en su territorio, y que además disponga de condiciones dignas para que su ejercicio se presente de una forma cualificada. Los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida

[124] http://www.es.clearharmony.net/articles/200504/6418.html

arbitraria de vidas humanas[125]. En esta misma Observación General (OG) se afirma que las obligaciones del Estado no se agotan solamente con la toma de medidas para evitar y castigar los crímenes que atenten en contra de la vida, sino que deben evitar a toda costa que las fuerzas de seguridad del Estado atenten contra la vida de las personas de forma arbitraria.

b) Buscar los agravantes a la desaparición forzada e identificar qué derechos humanos se violan al perpetrar estas conductas.

c) Buscar un caso histórico de cualquier Estado en el que haya imperado un régimen totalitario y ver qué tratamiento se ha dado en este país a la situación.

[125] Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 6, Del derecho a la vida (artículo 6), en Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. 1, Bogotá, 2001, p. 247.

6. UNIDAD 2

Faltas disciplinarias que constituyen violaciones a los derechos humanos

6.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 2

Ofrecer una aproximación a las violaciones a los derechos humanos que constituyen faltas disciplinarias de acuerdo con el Código Único Disciplinario, en armonía con los parámetros internacionales.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 2

- Hacer un examen de las faltas disciplinarias que constituyen una violación a los derechos humanos.
- Establecer puntos de aproximación y de diferencias respecto de las violaciones a los DDHH consagradas en el Código Único Disciplinario y en los instrumentos internacionales.

6.3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

El derecho disciplinario tiene por objeto regular las conductas de los servidores públicos que desempeñan tareas en el Estado, y sancionar aquellas actuaciones que no se ajusten a la legalidad y constituyan faltas. Dentro de los deberes de los servidores públicos se encuentra el estricto cumplimiento a la Constitución y a la Ley, pero también el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por Colombia, tanto los de derechos humanos como los que establecen obligaciones en el marco del DIH[126], en el marco del respeto al debido proceso y de los principios de legalidad y proporcionalidad.

En su lugar, dado que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, según la Constitución de 1991, tienen como correlato de sus estrictos deberes los derechos que se contemplan en la Carta, y también en los tratados internacionales[127]. En este orden de ideas, es pertinente partir de los fundamentos constitucionales para entender la lógica de la estructura de las faltas disciplinarias que constituyen violaciones graves a los derechos humanos.

[126] Ver artículo 21 de la Ley 734 de 2002

[127] Ver artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

En efecto, el primer artículo de nuestra Carta Política empieza a fundamentar la temática. El mencionado artículo prescribe:

> *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista,* ***fundada en el respeto de la dignidad humana****, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (el resaltado es nuestro).*

Así mismo, el artículo 2º de la Constitución establece que:

> *"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*
>
> *"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".*

Lo anterior concuerda con lo establecido por el artículo 6º de la Normativa Superior, el cual alude a que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Siguiendo con los fundamentos constitucionales, es necesario evocar el segundo inciso del artículo 123, que reza que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. De igual manera, el artículo 209 consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En cuanto a la moralidad como principio rector que rige la función pública, ésta debe entenderse en términos de ética *"propios de la vida en comunidad"*[128], la cual se encuentra estrechamente ligada al derecho disciplinario. En este orden de ideas, con razón afirma la doctrina que:

> *"La función pública, dentro del cometido perseguido por el Constituyente, tiene que ser entendida como una verdadera actividad del servicio. Conforme con el sentido primigenio de la palabra, significa hacer algo en favor del otro y, en este caso, no en beneficio de intereses personales sino del interés general, el de todos"*[129].

De la misma forma, la Corte Constitucional, en Sentencia C-948 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis) se ha pronunciado a este respecto en estos términos:

> *"La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.*
>
> *"Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.*
>
> *"En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el*

[128] BRITO RUIZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 43.
[129] BRITO RUIZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 41.

ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6º y 123)"[130].

En ese contexto la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"[131], cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política, porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones[132]. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas[133].

Las personas que ejercen funciones públicas tienen que observar unas conductas éticas encauzadas por un deber funcional que posibilite la realización de los fines de un Estado social y democrático de derecho[134].

Ahora bien, desde el punto de vista legal, el artículo 35 de la Ley 734 de 2002 establece una serie de prohibiciones a los que ejerzan funciones públicas, dentro de las cuales se encuentra el no abusar de los derechos ni extralimitarse en sus funciones. Tampoco les es dable realizar distinciones o exclusiones que puedan originar discriminaciones injustificadas, puesto que ello implica el quebrantamiento de dicho deber funcional.

Sin embargo, puede ocurrir que las personas que ejerzan funciones públicas pueden incurrir en violaciones a esos deberes que la Constitución Política, las leyes o los reglamentos le imponen, desestabilizando la buena marcha de la sociedad y socavando los fines de un Estado social y democrático de derecho. Surge entonces la noción de *falta disciplinaria,* que es una conducta sustancialmente ilícita, la cual puede ser objeto de investigación y de sanción disciplinaria, y como se analizó con anterioridad, el concepto de ilicitud sustancial es propio del régimen disciplinario y lo diferencia del ordenamiento penal.

Ahora bien, las faltas tienen una clasificación de acuerdo a la magnitud de interferencia o de violación a los deberes de orden funcional. Para efectos de la exposición nos referiremos a las faltas gravísimas.

Si se hace una revisión de las llamadas faltas gravísimas se evidencia que se trata de acciones o de omisiones que configuran violaciones a los derechos humanos y que, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se deriva por la realización o participación de las conductas, conllevan sanciones en el marco del derecho disciplinario.

El numeral 53 del mencionado artículo 48 consagra que los casos en los que el servidor público no acate directivas presidenciales que pretendan promover los derechos humanos, constituye una falta grave y naturalmente ello implica un obstáculo para el respeto de las normas que consagran garantías.

El parágrafo 4, a su turno, consagra algunas conductas irregulares cometidas por los servidores públicos en el sistema penitenciario y carcelario tales como tortura y otros actos que atenten en contra de la integridad de los presos.

---

130 *Ibídem* Sentencia C-708 de 1999. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

131 Sentencia C-341 de 1996.

132 En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello se ha expuesto que "*El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"*. Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, se ha indicado que "*El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos*". Corte Constitucional. Sentencia C-712 de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

133 Ver Sentencia C-373 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

134 Es interesante establecer que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho alusión al objeto del derecho disciplinario aplicado en Colombia destacando sus fines y funciones particulares. Al respecto consúltese Sentencia de fondo del 31 de enero de 2006 (caso masacre Pueblo Bello), párrafos 201 y ss. También véase Sentencia de fondo del 1º de julio de 2006 (caso masacre de Ituango), párrafos 36 y ss.

Tal y como se expuso en el acápite de tipos penales que constituyen violaciones a los derechos humanos, los servidores públicos pueden incurrir también en estas faltas disciplinarias por los mismos hechos sin atentar contra el principio constitucional de *non bis in ídem*, puesto que de lo que se trata es de un quebrantamiento a los deberes funcionales de quienes ejercen una función pública. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

> *"Como puede advertirse, estas faltas disciplinarias, si bien plantean la infracción del deber funcional que vincula al servidor público con el Estado, se caracterizan por un contenido de injusticia tan marcado que, aparte de contrariar ese nexo especial de sujeción, afectan también derechos fundamentales del ser humano.*
>
> *"Faltas disciplinarias como el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, el desplazamiento forzado o las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo, no sólo plantean el quebrantamiento del deber especial de sujeción que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que, además, involucran la afectación del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario como supuestos mínimos de la convivencia pacífica en una sociedad civilizada.*
>
> *"Es decir, cuando se incurre en una de esas faltas, no sólo se está ante el quebrantamiento de las normas mediante las cuales el Estado disciplina a sus servidores o a los particulares que desempeñan funciones públicas, pues se está también ante el flagrante desconocimiento de derechos humanos en cuyo respeto no sólo está comprometido cada Estado en particular sino también, y quizá fundamentalmente, la comunidad internacional.*
>
> *"8. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente sensible a las implicaciones jurídicas de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.*
>
> *"Ello ha sido así al punto de afirmar, por ejemplo, en el ámbito del fuero militar, la ruptura del vínculo entre el delito y la actividad del servicio cuando la conducta adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con los delitos de lesa humanidad. En estos casos, indicó la Corte en la Sentencia C-358-97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se trata de conductas manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona; que no guardan ninguna conexidad con las funciones constitucionales de la Fuerza Pública y que por ello deben ser excluidas de la justicia penal militar y conocidas por la jurisdicción penal ordinaria.*
>
> *"(…)*
>
> *"Como puede advertirse, entonces, el despliegue de conductas constitutivas de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario afecta la dignidad de la persona humana y cuestiona la valía y vigencia de los derechos humanos. Por esa especial gravedad, la comisión de conductas de esta índole está llamada a producir consecuencias en diversos espacios jurídicos, incluido, para lo que aquí es materia de debate, el derecho disciplinario.*
>
> *"8. (Sic) Por todo ello, cuando se trata de faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, la situación en que se hallan las personas afectadas es muy diferente de aquella en que se encuentra el particular que, en calidad de quejoso, promueve una investigación disciplinaria, pues aquellas no solo están alentadas por el interés que le asiste a cualquier ciudadano para que se imponga una sanción al infractor de la ley disciplinaria, sino que, además de ese genérico interés, en ellas concurre la calidad consecuente con el daño que sobrevino, de manera inescindible, a la comisión de la falta disciplinaria.*
>
> *"En estos supuestos, el fundamento de la imputación disciplinaria sigue siendo la infracción del deber funcional del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas. Es decir, la índole del ilícito disciplinario se mantiene. Lo que ocurre es que, a diferencia de lo que sucede con la generalidad de las faltas disciplinarias, en aquellas la infracción del deber plantea, de manera directa, la vulneración de derechos fundamentales. Es decir, esas faltas conducen a un agregado valorativo que, sin mutar la naturaleza de la imputación disciplinaria, lesionan derechos humanos y colocan a su titular en una situación calificada respecto de aquella en que se encuentra cualquier ciudadano interesado en el ejercicio del control disciplinario.*
>
> *"En ese sentido, para la Corte, si bien la regla general indica que en el derecho disciplinario no existen víctimas*

por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario"[135].

6.4. CATÁLOGO DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

El catálogo de faltas disciplinarias es amplio[136], lo que demuestra la estricta rigurosidad a la que son sometidas aquellas personas por el desarrollo de sus funciones públicas y de las que se exige obediencia y disciplina dado el cargo que ostentan. Los sujetos que tienen ese vínculo especial con los fines que persigue un Estado social y democrático de derecho, cuando quebrantan los deberes que se les asignan, y en especial en lo que tiene que ver con los derechos humanos, incurren en faltas gravísimas que interfieren y atentan contra los fines de una recta función pública dentro del cauce de la ética. Cuando se presentan esas indeseables interferencias con los fines establecidos, el derecho disciplinario emerge en su doble función: correctora y preventiva.

En cuanto a las personas sujetas a ese vínculo especial, la doctrina manifiesta:

> *"[c]abe precisar (…) que el funcionario público, o el particular que desempeña funciones públicas, solo puede ser investigado y sancionado por actuaciones relacionadas con la prestación del servicio público u originadas en el desarrollo del mismo.*
>
> *"Dada esta circunstancia, no hay lugar a investigarlo disciplinariamente por actuaciones ajenas al servicio público; es decir, cuando sus actividades se mantienen en el campo de la esfera privada, no son consecuencia de sus gestiones como funcionario, o cuando la conducta irregular no es atribuible al uso u ostentación del cargo"*[137].

En cuanto al elemento subjetivo de los tipos disciplinarios, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 establece que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Vale la pena anotar que si bien en materia penal rige el principio de culpabilidad, desterrando todo asomo de responsabilidad objetiva, lo cierto es que el concepto de dolo y culpa en el derecho disciplinario tienen una connotación autónoma y particular al abordar el catálogo de faltas descritas en la Ley 734 de 2002.

De acuerdo con la doctrina más autorizada, *"para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber"*[138]. *En otras palabras, el sujeto disciplinable a pesar* de tener conocimiento de los deberes funcionales los incumple.

Frente a la conducta culposa en materia disciplinaria, que difiere de la establecida en materia punitiva, la Corte Constitucional ha manifestado que:

> *"si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que –por contrapartida lógica– son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia"*[139].

En este sentido, *"[e]xistirá imputación por culpa cuando los supuestos fácticos que aprehende el deber sustancialmente infringido se realizaron sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, esto es, los desconoció cuando estaba en situación de conocerlos"*[140]. También es importante aclarar que en derecho disciplinario los tipos culposos se rigen por un sistema de *numerus apertus*, contrario a lo establecido en el derecho penal,

[135] Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[136] En efecto, en materia disciplinaria cobra esencial importancia la técnica de los tipos en blanco debido a la dinámica del ejercicio de la función pública, cuestión reconocida en muchos fallos de la Corte Constitucional (véase por ejemplo Sentencias C-155 de 2002 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández), C-948 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis), T-1093 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

[137] BRITO RUIZ, Fernando, *ob. cit.,* p. 21.

[138] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *ob. cit.,* p. 426.

[139] Ver Sentencia C-948 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis), la cual a su vez cita la Sentencia C-181 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Álvaro Tafur Galvis.

[140] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *ob. cit.,* p. 428.

debido precisamente al fundamento ético de esta rama. Finalmente, en lo que atañe a la relación dinámica entre faltas dolosas y culposas, es necesario evocar al tratadista Gómez Pavajeau cuando afirma que *"de todos modos, en principio, toda falta dolosa tiene su par culposa, salvo aquellos casos en donde estructuralmente no sea admisible"*[141].

6.4.1. Genocidio

Los numerales 5 y 6 del artículo 48 del Código Único Disciplinario lo contemplan como una falta gravísima, si el hecho tiene como objetivo:

> *"Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:*
>
> *"a) Lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
> *"b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
> *"c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
> *"d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro".*

O bien,

> *"Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros".*

En consecuencia, en los mencionados artículos se describen las conductas objetivas que constituyen esa falta disciplinaria gravísima. Llegados a este punto, hay que hacer una distinción: cuando se hace referencia a las conductas descritas en el numeral 5 del mencionado artículo 48, se incluyen como grupos protegidos los mismos que se aluden en las conductas punibles, es decir los grupos étnicos, raciales, nacionales, religiosos y políticos cuyas características ya se mencionaron. Sin embargo, se incluyen los grupos sociales, ampliando así el espectro de los grupos protegidos. Son estos los únicos grupos que pueden ser sujetos pasivos de esta conducta. Sin embargo, con relación a la conducta descrita en el numeral 6 del artículo 48, es decir, ocasionar la muerte, ya no se alude a los grupos sociales, sino a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos, políticos **o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos**. Así mismo, la falta se estructura, así se despliegue la acción u omisión en contra de una sola persona perteneciente a cualesquiera de los mencionados grupos.

En cuanto al aspecto subjetivo de la falta disciplinaria, aunque la ley utiliza el término **intención** de destruir total o parcialmente cualquiera de los grupos caracterizados, en razón de su pertenencia a los mismos, la Corte Constitucional precisó que:

> *"en casos excepcionalísimos, la comisión del genocidio podría darse a título de imprudencia, pero únicamente en relación con jefes y superiores encargados de proveer seguridad a un determinado grupo social, tal como lo dispone el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional"*[142].

6.4.2. Ejecución extrajudicial o arbitraria

De conformidad con la *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario* de la Procuraduría General de la Nación, con referencia al ordenamiento jurídico disciplinario, alude a que son diversas las faltas que pueden estructurarse con ocasión de la privación del derecho fundamental a la vida: el genocidio, el cual se abordó en lo pertinente. Más adelante se tratará el homicidio ocasionado por motivos de intolerancia. Sin embargo, no existe una tipificación que aluda al hecho de causar la *"simple muerte de otro"*[143]. Ante la ausencia de una falta disciplinaria precisa, se aplica utilizando la técnica de remisión al artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Además, "*[e]sta privación ilegítima de la vida es denominada como ejecución extrajudicial o arbitraria*

[141] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *ob. cit.*, p. 428.

[142] Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2000, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

[143] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación. *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.* Bogotá, 2004, p. 61.

por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta normativa no utiliza las expresiones homicidio o asesinato que son más propias del derecho interno"[144].

6.4.3. Homicidio por razones de intolerancia

El numeral 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 erige como falta disciplinaria gravísima el ocasionar de manera intencional la muerte a una o varias personas con móviles especialmente ignominiosos que denotan una intolerancia por causa de las opiniones o actividades políticas de las víctimas, por sus creencias religiosas, por su sexo, su color de piel o idioma. De acuerdo con la Corte Constitucional, no es necesario que la víctima o las víctimas estén en estado de indefensión, o si las muertes se causaron dentro del mismo contexto de hechos[145].

6.4.4. Desaparición forzada

De conformidad con los diversos instrumentos que se han suscrito en la materia, es deber que todos los Estados tomen medidas efectivas para prevenir la práctica de este delito, razón por la cual los servidores y servidoras públicas deben abstenerse de incurrir en esta falta gravísima que viola los derechos humanos.

Los elementos constitutivos de esta infracción disciplinaria son: privación de la libertad, fuere ilegal e incluso legal, seguida por el ocultamiento de la persona retenida o de negarse a dar información sobre su paradero o dar información sobre las circunstancias en que se produjo esa privación de la libertad; así mismo, se busca sustraer a la víctima del amparo de la ley. En estas condiciones, se está haciendo referencia a que la desaparición forzada constituye una violación pluridimensional de derechos fundamentales que van más allá de la sola afectación de la libertad, tal como sucede en el análisis en materia penal.

En relación con el elemento subjetivo, la conducta se comete a título de dolo, pero existe un evento excepcional en el que se admite la comisión a título de culpa cuando se trata de superiores jerárquicos, al igual que sucede con el genocidio, de conformidad con los planteamientos efectuados por la Corte Constitucional en Sentencia C-181 de 2002.

6.4.5. Otras privaciones de la libertad que constituyen faltas disciplinarias

El numeral 13 de la Ley 734 establece que el *privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias*, también constituye una violación disciplinaria ya que atenta contra uno de los derechos fundamentales de manera gravísima. Es el caso del secuestro o del secuestro extorsivo, caso en el cual la afectación del bien jurídico (la libertad en forma principal conjugado con el patrimonio económico según las circunstancias), no tiene la característica multidimensional que se presenta en el caso de la desaparición forzada.

En segundo lugar, de conformidad con los artículos 14 y 15, se consagra la privación ilegal de la libertad de una determinada persona, caso que alude a las violaciones flagrantes a las garantías procesales de un individuo. En efecto, toda persona que es detenida tiene derecho a ser informada del motivo que originó su privación de la libertad; a ser conducida sin retraso ante la autoridad judicial competente y a que se le resuelva en el plazo establecido por la Constitución Política y la ley sobre la legalidad de su detención.

Así mismo, de conformidad con las exigencias de los instrumentos internacionales, constitucionales y legales internos, para que se pueda privar de la libertad a una persona se debe realizar previo mandato escrito emanado de la autoridad competente, salvo por ejemplo los casos que configuran la flagrancia, y siguiendo las estrictas formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

6.4.6. Tortura

El numeral 9 de la Ley 734 de 2002 establece como falta gravísima el hecho de *infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.* Este artículo no tiene en cuenta la distinción que existe a nivel internacional entre la noción de tortura, trato inhumano

[144] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación. *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.* Bogotá, 2004, p. 61.

[145] Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

o trato degradante, que difieren entre sí, es decir, que pueden caber todas las hipótesis de malos tratos, físicos o psicológicos contra las víctimas, sin que sean catalogados de *graves* de conformidad con la Sentencia C-1076 de 2002 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández). Lo que sí no aparece expresamente señalado en dicho artículo son los casos en que no puede entenderse que hay tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, como ocurre en el tipo penal, y son aquellas situaciones en que se produce dolor o sufrimientos que se deriven solamente de sanciones lícitas o que sean consecuencias normales o inherentes a ellas.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta la finalidad que le asiste al servidor o servidora pública para que pueda configurarse la tortura, tratos degradantes o inhumanos: debe existir un motivo específico que tienda a obtener una confesión, a castigar o intimidar a la víctima o víctimas, o que se lleve a cabo la conducta basada en cualquier tipo de discriminación.

6.4.8. Desplazamiento forzado

El fundamento normativo de la falta disciplinaria está contemplado en el numeral 10 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, y sanciona al servidor *que ocasione, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia*, lo cual se debe hacer intencionalmente atentando de manera grave contra el derecho fundamental de la libre locomoción y va en contravía de los instrumentos internacionales, constitucionales y legales que imponen el deber de brindar especial atención a este sector vulnerable de la población civil. Así mismo, la violencia puede ser física o psicológica y que traiga como consecuencia el desplazamiento obligado de la población.

6.4.9. Otras violaciones a los derechos humanos

Al igual que se anotó respecto de las ejecuciones extrajudiciales, existe la posibilidad que por vía de remisión normativa, con fundamento en el artículo 48 numeral 1, se consagren faltas de orden disciplinario que constituyan faltas gravísimas, razón por la cual habría una flexibilización en esta materia y marca una diferencia con lo que se establece en el ordenamiento jurídico penal. El mencionado precepto dispone que:

> *"Son faltas gravísimas las siguientes:*
>
> *"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo (…)".*

En este orden de ideas, el catálogo se amplía utilizando una técnica de remisión al ordenamiento jurídico penal. Empero, hay que subrayar que el operador, al establecer si se infringió o no la ley disciplinaria, debe verificar si se reúnen los elementos del tipo objetivo, esto es: sujeto activo, sujeto pasivo, conducta, objeto jurídico, objeto material y elementos normativos. Así las cosas, no es necesario indagar si la conducta delictiva típica es además antijurídica o culpable, con lo cual se está reafirmando una vez más la especificidad e independencia del derecho disciplinario respecto del derecho penal, puesto que tienen una función, una finalidad y un régimen sancionatorio sustancialmente distinto. Del mismo modo, es importante establecer que no se trate de un delito que se pueda sancionar a título de culpa o de preterintención, de conformidad con la estructura del Código Penal. Con todo, se debe establecer previamente el vínculo funcional, para después entrar a analizar si hubo un desvalor traducido en el abuso del cargo (cuando la persona que ejerce una función pública se aprovecha indebidamente de su cargo para cometer conductas sustancialmente ilícitas, o desviarse de lo que le compete jurídicamente), en el abuso de la función que ejerce. A manera de ejemplo, podemos citar los casos de agresiones sexuales que en materia penal exigen modalidad dolosa, que también pueden ser consideradas faltas disciplinarias cuando el sujeto activo es un servidor o servidora públicos o particular que ejerza funciones públicas. En estas condiciones, para estructurar los elementos constitutivos de dichas infracciones, resulta de importancia capital realizar la labor con base en los instrumentos internacionales, constitucionales y legales que existen.

Finalmente, es importante resaltar que en esta materia no se alude a que la falta que lesiona o pone en peligro los derechos humanos se debe realizar dentro de un determinado contexto generalizado o sistemático, lo que nos lleva a pensar que en este punto la configuración de dichas faltas es menos exigente con respecto a los parámetros establecidos en el ordenamiento penal.

Ejercicio Nº 1. Lea atentamente este caso[146]:

[146] http://www.procuraduria.gov.co/, los nombres del caso son ficticios.

"Bogotá, 17 de octubre de 2008. Con destitución e inhabilidad por 10 años, la Procuraduría General de la Nación sancionó al Subintendente de la Policía Nacional Francisco de Paula Santander por causar tortura física a una persona que se opuso a ser requisada.

"El fallo de primera instancia proferido por la Viceprocuraduría General de la Nación señaló que los hechos se presentaron el día 22 de julio de 2005 cuando el señor Camilo Torres fue conducido a la Sala de Retenidos de la Estación de Policía en el municipio de Calamar, Guaviare, en donde le fueron propinados varios golpes en todo el cuerpo con el fin de castigarlo por haber opuesto resistencia a la requisa que iban a efectuarle, ocasionándole una incapacidad médico legal de 10 días.

"Al imponer la sanción, el Ministerio Público recordó que al tenor de lo establecido en la Convención contra la «Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 70 de 1986, se define la tortura como todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido.

"«Nuestro país como Estado Democrático y de Derecho que es, ha asumido ante organismos internacionales el compromiso de respetar los derechos humanos de los conciudadanos y en caso que estos sean infringidos por sus servidores públicos, tiene el deber y la obligación de imponer las sanciones correspondientes, so pena de que sean organismos internacionales quienes juzguen al Estado», anotó la entidad en su fallo.

"La Procuraduría consideró que no existe razón alguna que justifique el comportamiento asumido por este policía, puesto que había recibido capacitación e instrucciones sobre el respeto a las normas de derechos humanos, por lo tanto su conducta debe calificarse como una falta gravísima a título de dolo al violar las disposiciones contenidas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario".

De acuerdo a lo anterior,

- De ser usted la autoridad competente ¿cómo fallaría?
- Aplique los instrumentos internacionales que consagran la protección de los derechos humanos que fueron conculcados a las víctimas, e indique qué violación se dio, y de acuerdo a las faltas disciplinarias del artículo 48, especifique dónde se ubica la trasgresión a la norma.

7. UNIDAD 3

Bloque de constitucionalidad y su aplicación en la tipología de las conductas penales y disciplinarias

7.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 3

Brindar herramientas para la comprensión del alcance de las normas de Derecho Penal Internacional y analizar su recepción e interacción con el derecho penal interno, e insertar estos conceptos en la aplicación práctica de las labores desarrolladas con ocasión al cumplimiento de las funciones propias del cargo de cada funcionario que sea capacitado.

7.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 3

- Identificar el cuerpo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional, y examinar su campo de aplicación.
- De acuerdo con los lineamientos de la Constitución de 1991, es un deber para los habitantes del territorio nacional caminar hacia el respeto de los derechos humanos. Las ramas del poder público y los funcionarios que hacen parte de ellas se encuentran en el deber constitucional de velar por la promoción y protección de los derechos humanos.

Si bien es claro que el Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 277 numeral 2, es el encargado de manera especial de la consecución de estas labores, es también una realidad que las demás autoridades del Estado deben ser respetuosas del catálogo de derechos contenidos en la Carta y en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos, pues estos últimos, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad[147].

La orientación de la Carta Superior indica en su artículo 1º que Colombia, atendiendo a su carácter de Estado social de derecho, se encuentra fundada en el respeto de la dignidad humana, noción que constituye la razón de ser de la existencia de los derechos humanos, toda vez que a través de ellos es posible que se lleve a cabo el proyecto de vida de los individuos.

Por su parte, el artículo 2º del referido texto político dispone que dentro de los fines del Estado se contempla la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y en este sentido es evidente que los derechos humanos deberán actuar como inspiradores de las actuaciones de los Estados y de la concreción de los mismos por parte de los funcionarios, quienes son los encargados de llevar a la práctica el ejercicio de las gestiones del Estado.

De acuerdo a ello, la pedagogía de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las tareas de difusión de los mismos constituyen una valiosa herramienta para la creación de la cultura del respeto por estos valores y principios que desbordan la legalidad y colindan con la ética y el respeto por la dignidad humana.

El conocimiento de los conceptos generales, de los instrumentos internacionales, de los mecanismos de protección, pero sobre todo de las esferas de aplicación de estos postulados es una necesidad para toda la población, sin embargo la tarea de los funcionarios de Estado tiene un efecto multiplicador que, en la medida en que vaya siendo aplicado, irá permeando las demás capas de la sociedad.

Respetar estos postulados internacionales y constitucionales permitirá que se construya un diálogo dinámico entre los particulares y las autoridades que girará en torno del mismo lenguaje, el cual estará fundado en la observancia de estas normas que permiten la materialización del Estado social de derecho.

Debe resaltarse la importante labor que desempeñan los servidores y servidoras públicos en relación con los derechos humanos. Es innegable que la cotidianidad de sus funciones exige de este selecto grupo de servidores una sólida formación en Derechos Humanos, que permita que el cumplimiento de sus deberes legales no sea solamente

[147] De acuerdo con la Sentencia C-067 de 2003, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, la Alta Corporación definió el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta "*por... normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu*".

una actividad reglada, sino que busque que las finalidades y principios a los que antes se hizo mención puedan constituirse como una realidad palpable para los individuos sometidos a la jurisdicción nacional.

El hecho concreto de que Colombia pertenezca a la comunidad internacional y suscriba tratados internacionales en defensa de los Derechos Humanos obliga al Estado a capacitar a sus autoridades en estos temas, toda vez que, derivado del desconocimiento de estas normas, podría generarse responsabilidad internacional, entre otras.

Es así como mediante el estudio de esta unidad los funcionarios tendrán la posibilidad de aproximarse al conocimiento de las fuentes, normas y ámbitos de aplicación de las dos temáticas mencionadas, y armonizar estos contenidos con el derecho interno.

Como ya se mencionó, las instituciones que estructuran el derecho penal internacional están concebidas para garantizar la protección de los derechos humanos, y emergen como *ultima ratio* para castigar a los individualmente responsables por la comisión de crímenes que atentan contra la denominada *conciencia de la humanidad.*

El Derecho Penal Internacional es de desarrollo reciente y su dinámica está muy ligada a la operatividad de los múltiples instrumentos internacionales concernientes a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, instrumentos que tienen unas disposiciones particulares cuyo objetivo es otorgar herramientas en la lucha contra las violaciones más abominables y con consecuencias nefastas en el concierto de las naciones.

Lo ideal sería que las disposiciones del derecho penal nacional coincidieran con aquellas consagradas a nivel internacional. Sin embargo, la realidad nos muestra lo contrario, y eso se debe a que las fuentes del derecho penal (interno) son en algunos aspectos diferentes a las que componen el derecho penal internacional. En efecto, y a manera de ilustración inicial, podemos afirmar que el derecho penal internacional está influenciado por prácticas consuetudinarias que pueden estar recogidas y reconocidas a la postre en convenciones suscritas entre los diferentes Estados. También en cuanto a la estructura de los tipos penales que se recogen por ejemplo en el Estatuto de Roma, tienden a flexibilizarse con repercusiones en el principio de legalidad. Ahora bien, a nivel del derecho penal interno, los principios que constituyen la legitimidad en el ejercicio del *ius puniendi* son de estricta interpretación y aplicación con el fin de garantizar las libertades fundamentales de los ciudadanos, por lo que uno de los pilares de un derecho penal garantista dentro de un Estado social y democrático de derecho, lo constituye el principio de legalidad de gran tradición en los sistemas jurídicos de influencia romano-continental[148].

7.3. DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD INTERNO. DIFICULTADES DE RELACIÓN

En la sistemática del Estatuto de Roma y de los elementos de los crímenes se ha visto, a grandes rasgos, cuál es la estructura de dichos tipos penales. En este orden de ideas, se ha establecido cuál es el contexto del crimen de genocidio, y cuál es el que permite identificar cada subtipo dentro de los denominados crímenes de lesa humanidad. Al comparar la estructura de los mencionados crímenes con lo que está establecido estrictamente en nuestro ordenamiento jurídico penal, se observa que hay una diferencia notable, toda vez que no está consagrado expresamente el contexto de organización político criminal en donde se ataca de manera sistemática o generalizada a la población civil, aspecto que permite estructurar el tipo objetivo de los crímenes de lesa humanidad.

La Corte Constitucional ha sostenido que:

> *"para el caso de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos atroces no definidos en el ordenamiento jurídico colombiano sino en instrumentos jurídicos internacionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en concreto, a su artículo 7º, así como a los «Elementos de los crímenes», adoptado por la Asamblea de Estados Partes"*[149].

Lo anterior tiene relación de la manera cómo se debe aplicar, en lo pertinente, las disposiciones que al respecto consagra el Estatuto de Roma y los documentos que se integran a él en el derecho penal colombiano. Por

[148] Consúltese JAÉN VALLEJO, Manuel. *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2008. Esta obra expone un estudio interesante del origen y evolución del principio de legalidad.

[149] Corte Constitucional. Sentencia T-355-07. M.P.: Humberto Sierra Porto.

ello hay que preguntarse acerca de la problemática que plantea la jurisprudencia citada en razón a que el Código Penal colombiano presenta diferencias con respecto a lo establecido en los textos internacionales. En otras palabras, ¿cómo deben interactuar las normas de derecho penal internacional con nuestras normas penales? ¿Qué mecanismo existe para posibilitar en Colombia la aplicación directa de las disposiciones de derecho penal internacional?

Para aplicar las normas del sistema internacional de los derechos humanos y las disposiciones referentes en Colombia, se acude al mecanismo de la noción de bloque de constitucionalidad que la Corte Constitucional ha elaborado por años. Así las cosas, el alto tribunal de lo constitucional se refiere a esa figura en estos términos:

> *"Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.*
>
> *"En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con el punto de Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como Norma de Normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)"*[150].

De la misma forma, se expresó:

> *"Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad*[151] *está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque «son normas situadas en el nivel constitucional», como sucede con los convenios de Derecho Internacional Humanitario*[152]*, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos*[153]*.*
>
> *"La Corte ha señalado con claridad «que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior»*[154]*. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93)*[155]*. Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de*

[150] Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[151] Ver Sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995.

[152] Ver Sentencia C-225 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico Nº 12.

[153] Ver Sentencia C-578 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos Jurídicos Nº 3 y 4.

[154] Sentencia C-578 de 1995. Fundamento Jurídico Nº 3.

[155] Cabe aclarar que, de acuerdo con la Sentencia C-295 de 1993, M.P. Carlos Gaviria, no todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales conforman el bloque de constitucionalidad, pues esta calidad sólo se predica de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción.

constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él"[156].

Ahora bien, la Corte Constitucional distingue el concepto de bloque de constitucionalidad en estricto sentido y bloque de constitucionalidad en sentido lato, en estos términos:

"Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93) (...)".

"Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias (…)"[157].

En consecuencia,

"puede afirmarse que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos, prevalecen en la legislación nacional por decisión constitucional (artículo 93); del mismo modo, puede decirse que las reglas del Derecho Internacional Humanitario deben respetarse y se encuentran incorporadas al derecho interno sin necesidad de ratificación previa o expedición de norma reglamentaria –incorporación automática del artícul0 214, numeral 2–"[158].

A continuación, en la **Tabla 1**, se resumen los instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que son obligatorios para el Estado colombiano[159].

En materia penal, la Ley 599 de 2000 tiene como norma rectora el *principio de integración*, el cual prevalece sobre las demás normas y constituyen el fundamento de su esencia e interpretación. En efecto, el artículo 2 del estatuto punitivo dispone que:

"Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código".

En este orden de ideas, el Estatuto de Roma fue incorporado en nuestra legislación interna por la Ley 742 de 2002[160]. De la misma forma, el código penal colombiano, en concordancia con los claros parámetros constitucionales, internacionales, universales y regionales, consagra el principio de legalidad en este sentido:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

"La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

"La analogía sólo se aplicará en materias permisivas".

Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 10, cuyo tenor es el siguiente:

"La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

[156] Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[157] Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[158] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación. *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá, 2004, p. 152.

[159] Debe indicarse que existen muchos otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano no incluidos en el cuadro y que revisten importancia.

[160] Al respecto, consúltese la Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

TABLA 1

Instrumento Internacional	Incorporación en el derecho interno
Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*	Adoptada por la Asamblea General en Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	Ley 74 de 1968
Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9
Convención contra la Tortura y otro tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Ley 70 de 1986
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Ley 51 de 1981
Convención sobre los derechos del niño	Ley 12 de 1991
Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados	Ley 833 de 2003
Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	Ley 765 de 2002
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Ley 22 de 1981
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados	Ley 65 de 1979
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Ley 16 de 1972
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de DESC	Ley 319 de 1996
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura	Ley 409 de 1997
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas	Ley 707 de 2001
Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte	Entrada en vigor 28 de agosto de 1991
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer	Ley 248 de 1995
Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.	Ley 762 de 2002
Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio del 9 de diciembre de 1948.	Ley 28 de 1959

* Debe indicarse que debido a que las Declaraciones, por no ser propiamente tratados internacionales y contener principios orientadores que por lo general se desarrollan en las Convenciones, no son objeto de ratificación y no se encuentran incorporadas al orden interno a través de una ley.

> *"En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".*

En otras palabras, de conformidad con los cánones constitucionales y legales, debe respetarse el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine lege, scripta, stricta certa et previa ("ningún comportamiento puede ser calificado como delito, ninguna pena impuesta, que no estuviesen fijados en una ley previa, formal precisa")*[161].

De igual forma, el principio de legalidad es fundamental en lo que se refiere a la investigación, juzgamiento y sanción por faltas disciplinarias. En efecto, el artículo 4º de la Ley 734 de 2002, norma rectora de esa clase de procedimiento, establece que:

> *"El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización".*

Ahora bien, la cita de las anteriores disposiciones dan cuenta que en Colombia se debe respetar el principio de legalidad como un principio fundamental de respeto a las garantías de los ciudadanos y que debe ser resguardado por el ordenamiento jurídico del Estado. Empero, en muchas ocasiones la aplicación de estas normas internas y su interacción con normas internacionales presenta aspectos problemáticos que necesitan de una justa y adecuada resolución en la práctica.

En efecto, en el caso colombiano, muchas de las conductas punibles que se pueden tipificar como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, se cometieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, y si se quiere retroceder un poco más atrás en el tiempo, aquellas conductas tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 589 de 2000 (esta última ley tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura).

La inquietud que surge es que si se puede tipificar como crimen de genocidio o crímenes de lesa humanidad, de acuerdo a los estándares establecidos en el derecho penal internacional estrictamente, desde el punto de vista técnico jurídico[162], aquellas acciones u omisiones ocurridas antes de la entrada en vigencia de las mencionadas leyes, o si se puede acudir a otras tipificaciones formalmente consagradas. Así mismo, vale la pena mencionar que en la práctica las fuentes propias del derecho penal internacional (costumbre internacional, tratados, jurisprudencia internacional) han permeado las fuentes tradicionales del derecho penal interno, relativizando el postulado del principio de legalidad. En efecto, se ha aceptado que las convenciones internacionales que reprimen o sancionan los delitos más graves constituyen una formalidad, toda vez que lo que se busca es cristalizar lo que la práctica internacional ha ido aceptando.

7.4. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 3

a) Caso 1

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia del 22 de marzo 2001 (demandantes Fritz Streletz, Heinz Kessler y Egon Krens, dirigentes del Consejo Nacional de la antigua República Democrática Alemana, quienes fueron condenados como autores mediatos por el homicidio de personas que intentaban cruzar la frontera entre la RDA y la RFA y que resolvió el caso del llamado "disparos mortales del muro de Berlín" realizados por soldados que lo custodiaban) considera, con referencia al principio de legalidad, que no se debe atener exclusivamente a lo que dispone la ley en su sentido meramente formal. También el término "ley" se refiere al derecho no escrito, y por lo tanto hace referencia a la costumbre y los principios generales de derecho reconocido por el conjunto de las naciones civilizadas.

Reflexione y responda a los siguientes interrogantes:

- En materia de crímenes de lesa humanidad y genocidio, ¿es posible flexibilizar el principio de legalidad en Colombia, bajo los mismos argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos?
- ¿Cuáles serían los fundamentos normativos que permitirían aplicar dicha flexibilización en el caso colombiano? ¿Cuáles serían los obstáculos que no permitirían flexibilizar el principio de legalidad?

[161] JAÉN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, p. 35.

[162] Consideramos que hay que tener mucho cuidado en la calificación de esas conductas, pues se debe acudir no a un criterio político sino jurídico. En materia penal, no todas las acciones u omisiones que constituyen *per se* violaciones a los derechos humanos deben tener el calificativo de genocidio o de lesa humanidad, de acuerdo a los exigentes parámetros internacionales.

- ¿Considera usted que en caso de no admitir la relativización del principio de legalidad en derecho penal colombiano, se estaría desconociendo la aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y, por ende, se estaría impidiendo la aplicación en la práctica del llamado bloque de constitucionalidad?

b) Caso 2

Lea el siguiente aparte de la sentencia del caso *Julio Héctor Simón*, acusado por crímenes de lesa humanidad durante la dictadura militar, emitida el 6 de marzo de 2001 por la Corte Suprema de Justicia Argentina[163]:

> *"Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un Estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten en toda su dimensión a las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierten en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del Estado, etcétera).*
>
> *"Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etcétera) (sic), aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación".*

Analice el anterior texto y coméntelo. Acto seguido, responda a los siguientes interrogantes:

- ¿El hecho de que la tipificación en la normatividad internacional no coincida estrictamente con la tipificación del ordenamiento jurídico nacional, constituye un obstáculo para tipificar algunas conductas como delitos de lesa humanidad?
- ¿Considera usted que la falta de referencia en el instrumento legal al contexto de una política criminal generalizada o sistemática impide que se tipifique crímenes de lesa humanidad de acuerdo a nuestra legislación?
- En caso de que dentro de una providencia se haga referencia al mencionado contexto con el fin de calificar una determinada conducta como crimen de lesa humanidad en Colombia, ¿se estaría atentando contra el principio de legalidad consagrado constitucional y legalmente?
- ¿Ha tenido usted la ocasión de verse enfrentado en su labor diaria a este tipo de situaciones? ¿Cómo las ha resuelto?

Justifique sus respuestas y socialícelas al grupo.

7.5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD. EL PROBLEMA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

El derecho penal internacional tiene como uno de sus principios fundamentales el de declarar imprescriptibles las conductas que lesionan o ponen en peligro a la humanidad entera, hasta el punto de ser considerada como una norma de *ius cogens* ya que debe ser reconocida por toda la comunidad internacional.

Este principio de imprescriptibilidad aparece desde la consagración de los denominados *Principios de Nuremberg* contenida en la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946.

Así mismo, este principio está contenido en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968, de esta forma:

> *"Artículo I*
>
> *"Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:*
>
> *"a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada*

[163] Tomado de PARENTI, Pablo. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional,* Informe Argentina, Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/ Elsner, Gisela (editores). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 40.

por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

"b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

"Artículo II

"Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

"Artículo III

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención.

"Artículo IV

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

También se destacan otros instrumentos internacionales que consagran la imprescriptibilidad como un fundamento en la sanción de conductas altamente lesivas para la conciencia de la humanidad. Se puede citar, a título ilustrativo, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, emitida por la Asamblea General en Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, suscrita en Belem do Pará el 9 de junio de 1994; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 29 también reafirma esta característica.

De conformidad con lo anterior, algunos derechos penales internos consagran la imprescriptibilidad[164]. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se considera inadmisible las normas de prescripción, pues es una forma de impedir la investigación, juzgamiento y sanción por estos graves crímenes.

En el ordenamiento jurídico colombiano hay una regulación expresa en cuanto al tema de la prescripción con fundamento constitucional. En efecto, el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política de 1991 establece que en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Esto está desarrollado por las normas de prescripción establecidas en los artículos 83 y siguiente del Código Penal colombiano.

Sobre el tema de la imprescriptibilidad contenida en el Estatuto de Roma, y en relación con el derecho penal interno, la Corte Constitucional afirma que:

> *"Los tratamientos diferentes en materias sustanciales fueron permitidos por el Acto Legislativo 2 de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales".*

[164] Es el caso del Código Penal Internacional Alemán (*volkerstrafgesetzbuch*, *VStGB*), artículo 5.

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el artículo 29 del Estatuto de Roma, establece que la Corte Penal Internacional sí puede aplicar esta disposición en razón de su competencia, es decir cuando un determinado asunto se ventile ante esa jurisdicción, aun cuando de acuerdo con las normas nacionales la acción ya se encuentra prescrita[165]. Esto quiere decir que, en principio, de acuerdo a la legislación nacional vigente, en la jurisdicción penal interna no se podría predicar la imprescriptibilidad al respecto. Es más, de manera taxativa, el segundo inciso del artículo 83 del Código Penal señala exclusivamente que para los delitos de genocidio, desaparición forzada y desplazamiento forzado, la acción penal prescribe en 30 años, con lo cual hay una discordancia con la normativa internacional, ya que además deja de lado otras conductas que pueden configurar crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. De la misma forma, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que si bien nuestra Carta Política no se refiere expresamente a la prohibición de acciones penales imprescriptibles, esto no quiere decir que el fenómeno de imprescriptibilidad opere automáticamente. Ciertamente, si bien es cierto lo que se busca es establecer la verdad y obtener justicia en la comisión de conductas que atentan de manera particularmente graves contra los derechos humanos, teniendo como norte la reparación a las víctimas, de conformidad con los estándares internacionales se debe respetar los derechos fundamentales de los procesados.
A propósito del análisis de la posibilidad de la aplicación de la imprescriptibilidad en el delito de desaparición forzada, la Corte Constitucional ha advertido que:

> *"En esa medida, frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalece el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.*
>
> *Sin embargo, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.*
>
> *"En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.*
>
> *Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso.*
>
> *Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna"*[166].

En cuanto al derecho disciplinario, que también debe ser interpretado bajo la égida del concepto de bloque de constitucionalidad[167], la problemática también se

165 Ver Sentencia C-578 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

166 Sentencia C-580 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

167 Ver Sentencias C-067 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-1076 de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

pone en evidencia. En efecto, el artículo 30 del Código Disciplinario Único establece un término de prescripción respecto de las conductas que merecen reproche por parte de este ordenamiento jurídico. El parágrafo de este artículo consagra que los términos prescriptivos previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique. Con relación al fenómeno de la prescripción en materia disciplinaria, se ha sostenido que:

> *"(...) en la interpretación de las normas sobre prescripción de la acción disciplinaria debe darse prevalencia a las disposiciones de derecho interno, tanto constitucionales como legales, y a las normas del derecho internacional que admiten que aun para los casos de violaciones de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario el derecho de los países puede establecer períodos de prescripción de la acción y de la pena, siendo entonces importante para avanzar en la lucha contra la impunidad de estos crímenes que los Estados modifiquen sus leyes internas para consagrar la imprescriptibilidad de las acciones correspondientes, dejando a salvo las leyes vigentes sobre la materia"*[168].

Con relación al término de prescripción de la acción disciplinaria, se establece que se cuenta en los siguientes términos:

> *"Para las faltas instantáneas, a partir del día en que se realizó la conducta constitutiva de la falta disciplinaria.*
>
> *"Para las faltas permanentes, de tracto sucesivo o las continuadas, desde el día cuando se realizó el último acto constitutivo de la falta, o cuando uno de los partícipes en ella dejó de cometer la falta aunque esta (sic) continúe desarrollándose. En estos casos el término de prescripción sólo debe contarse para el servidor público respecto del cual esté probado el abandono de su participación en la realización de la falta.*
>
> *"En cuanto a las conductas omisivas, por remisión al artículo 84, inciso 3 del Código Penal y según el canon 27 del Código Disciplinario Único, el término comenzará a contarse cuando el funcionario actúe o cuando haya cesado para él el deber de actuar"*[169].

Finalmente, la prescripción admite renuncia tanto en materia disciplinaria como penal, de acuerdo a lo establecido en los estatutos correspondientes.

Actividad:

Respecto de la problemática de la prescripción,

- ¿El Estado colombiano suscribió y ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968?
- En caso de no haber ratificado la aludida Convención, ¿habría una imposibilidad jurídica de aplicar la imprescriptibilidad de esos crímenes? ¿Cuáles serían las repercusiones a nivel internacional? ¿Cuál sería el argumento jurídico que permitiera aplicar la Convención de 1968 en caso de no ratificación?
- ¿La imprescriptibilidad se predica respecto de la acción penal o de la sanción penal?
- ¿Conoce de algún caso, con ocasión de su práctica diaria, en la que se ha visto enfrentado a este tipo de situación?

[168] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación. Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Bogotá, 2004, p. 54.

[169] Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación, *Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá, 2004, p. 54.

Bibliografía general del Capítulo

OBRAS ESPECIALIZADAS

AMBOS, Kai. "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales.* Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2008.

AMBOS, Kai. *Los crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina*. Análisis del caso colombiano por APONTE, Alejandro. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2008.

APONTE, Alejandro. *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, informe Colombia*. Ambos, Kai/Malarino, Ezequiel/Elsner, Gisela. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2008.

BRITO RUIZ, Fernando. *Régimen disciplinario. Aspectos constitucionales y legale".* Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003.

BUENO, Gonzalo. *El concepto de tortura y de otros tratos crueles, degradantes o inhumanos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/46bueno.pdf

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. "Algunos lineamientos sobre la legitimidad en los bienes jurídicos supraindividuales, en *Problemas actuales de Derecho Penal.* Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006.

GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional.* Madrid. Editorial Tecnos, 1999.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes de lesa humanidad.* Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. "Delitos contra la vida y la integridad personal", en *Lecciones de Derecho Penal, parte especial.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Dogmática del derecho disciplinario,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

JAEN VALLEJO, Manuel. *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

VARIOS. *Lecciones de derecho disciplinario.* Volumen 3, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional.* Traducción al castellano con la coordinación de María del Mar Díaz Pita. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR-Decision of: 2 September 1998 *Prosecutor Versus Jean-Paul Akayesu* Case No. 96-4-T 3.

ICTR-93-13. Sentencia de la Sala de Apelaciones del 16 de noviembre de 2001, caso Alfred Musema.

ICTR-01-63-T The Prosecutor V. Siméon Nchamihigo. 1505h Judgement.

ICTR-2001-71-I. The Prosecutor V. Emmanuel Ndindabahizi.

Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia

IT-98-33, sentencia de Primera instancia del 2 de agosto de 2001, párrafos 680-681caso Krstic.

- Tribunal Especial para Sierra Leona

Case Nº SCSL-2004-16-A. Prosecutor v. Alex Tamba Brima Brima Bazzy Kamara Santigie Borbor Kanu

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 18 de agosto de 2000, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo del 20 de enero de 1989, caso *Godínez Cruz vs. Honduras.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo del 11 de mayo de 2007, caso *Bueno Alves vs. Argentina.*

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA

Sala Penal Nacional Perú. Sentencia del 20 de marzo de 2006.

Corte Suprema de Justicia Argentina. Sentencia del 6 de marzo de 2001, caso Julio Héctor Simón.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de septiembre de 2001, Radicado 13310. M.P.: Carlos Mejía Escobar. Bogotá. Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de octubre de 2001, Radicado 18449. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá (caso Segovia). Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24448 del 12 de septiembre de 2007, M.P.: Augusto Ibáñez (caso de La Gabarra). Colombia.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 23825 del 7 de septiembre de 2007, M.P.: Javier Zapata Ortiz (caso Machuca). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2000. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-1076 de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2007. M.P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá D.C. Colombia.

OTROS DOCUMENTOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 10.832 (República Dominicana). *Informe* 35/96 aprobado el 13 de abril de 1998, en *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, volumen 1, Bogotá, 2001.

Comité de Derechos Humanos. *Observación General* Nº 20. Prohibición de la tortura y tratos o penas crueles (artículo 7), en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, volumen 1, Bogotá, 2001.

Comité de Derechos Humanos. *Observación General* Nº 6. Del derecho a la vida (artículo 6), en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, volumen 1, Bogotá, 2001.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de normas nacionales de derechos humanos*. Bogotá, abril de 2003.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de instrumentos internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Bogotá, agosto de 2003.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Volumen I. Bogotá, junio de 2001.

SITIOS INTERNET

http://www.desaparecidos.org/colombia/fmcepeda/genocidio-up/cepeda.html

http://www.procuraduria.gov.co/

Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Joana Abrisketa. Definición de Crimen de Lesa Humanidad. Página de internet: http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/47

Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH

Este documento hace parte del proyecto "Identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario" perteneciente al programa presidencial de DDHH y DIH –PLCI–, y auspiciado por la Embajada Real de los Países Bajos. Su reproducción total o parcial requiere autorización escrita del PLCI y de la UT Universidad del Rosario-Ideamérica.

Libertad y Orden
Vicepresidencia
República de Colombia

Koninkrijk
der Nederlanden

Universidad del Rosario
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional

ideamérica
Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

PÁG.

1. Justificación 79

2. Objetivo general del Capítulo 79

3. Objetivos específicos del Capítulo 79

4. UNIDAD 1. Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH 79

4.1. Objetivo general de la Unidad 1 79
4.2. Objetivos específicos de la Unidad 1 79
4.3. Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH 79
4.3.1. La noción de Derechos Humanos: ¿Qué es un derecho humano? 80
4.3.2. Tipología de los derechos 81
4.3.3. ¿Cuáles son las características de los Derechos Humanos? 82
4.3.4. ¿Existe diferencia entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario? 82
4.4. Objeto y ámbito de aplicación de los cuerpos normativos 83
4.5. Principios aplicables al Derecho Internacional Humanitario 83
4.5.1. Principios fundamentales 83
4.5.2. Principios comunes a los Derechos Humanos 84
4.5.3. Principios aplicables a las víctimas de los conflictos 84
4.5.4. Principios aplicables al derecho de la guerra en estricto sentido 84
4.6. ¿Cómo inciden estos contenidos en el Estado colombiano? 85
4.7. Los textos jurídicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos 85
4.7.1. ¿Cómo poner en funcionamiento los instrumentos internacionales? 87
4.7.2. Precisiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 87
4.7.3. Procedimiento de la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos 89
4.8. Eficacia de los fallos internacionales en el derecho interno 92
4.9. "Normas para la guerra" en el Derecho Internacional Humanitario 93

5. UNIDAD 2. Elementos de imputación en la autoría y participación. Instrumentos y jurisprudencia internacional relacionados con el tema 94

5.1. Objetivo general de la Unidad 2 94

PÁG.

5.2. Objetivos específicos de la Unidad 2 94
5.3. Elementos de imputación en la autoría y participación. Instrumentos y jurisprudencia internacional relacionados con el tema 94
5.3.1. La Responsabilidad Penal Individual en el contexto del Derecho Penal Internacional 94
5.3.2. Evolución de la teoría de la intervención en el Derecho Penal Internacional 96
5.3.3. La sistemática de las formas de intervención en el Estatuto de Roma 96
5.3.4. Aspecto subjetivo de la autoría 97
5.3.5. Otros actos de participación en el Derecho Penal Internacional 98
5.3.6. Las formas de complicidad de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Roma 99
5.3.6.1. Complicidad por instigación 99
5.3.6.2. Complicidad por facilitación o asistencia 100
5.3.6.3. Problemática de la complicidad por omisión en Derecho Penal Internacional 100
5.3.6.4. El caso particular de la incitación al crimen de genocidio 101
5.3.7. El aspecto subjetivo de la complicidad (*mens rea*) 101
5.3.8. Sinopsis de la autoría y participación en el derecho penal colombiano 102
5.3.9. Ejercicios de la Unidad 2: Elementos de imputación en la autoría y participación. Instrumentos y jurisprudencia internacional relacionados con el tema 103

6. UNIDAD 3. Presupuestos de configuración de la responsabilidad penal del superior jerárquico. Responsabilidad por omisión y posición de garante. La obediencia debida y sus implicaciones. Concepto de acción y de omisión en las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad .. 103
6.1. Objetivo general de la Unidad 3 103
6.2. Objetivos específicos de la Unidad 3 103
6.3. Elementos de la doctrina de la Responsabilidad del Superior Jerárquico 104
6.4. Responsabilidad por omisión y posición de garante 112
6.4.1. Acción, omisión y posición de garante 112
6.4.2. La omisión y la posición de garante en el marco de la teoría de la responsabilidad del superior 114
6.4.3. Responsabilidad del superior militar 114
6.4.4. Responsabilidad del superior civil 117
6.4.5. Casos en Tribunales Internacionales que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico 118
6.4.6. Casos en Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico 124
6.4.7. Sentencia de Unificación 1184 de 2001 - Corte Constitucional que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico136 126
6.5. La obediencia debida y sus implicaciones 127
6.5.1. Del principio de obediencia debida y su significado en el Derecho colombiano 127
6.5.2. De la naturaleza jurídica de la "Obediencia Debida" 130
6.5.3. Elementos generales de la obediencia debida 132
6.5.4. De las implicaciones de la obediencia debida en el derecho nacional 133

PÁG.

6.5.4. De las implicaciones de la Obediencia Debida en el Derecho Internacional 136
6.5.6. Del fundamento de la discusión ante la admisibilidad de esta clase de defensa 137
6.5.7. De la coexistencia de "Órdenes del Superior" (*Superior Orders*) y coerción (*coercion or duress*) 139
6.5.8. Del tratamiento general que se ha brindado a este principio en los diferentes juicios de Derecho Internacional que se han adelantado 139
6.5.9. Del estado actual de la discusión 142
6.5.10. Comparación Derecho Nacional e Internacional 143
6.6. Ejercicios de la Unidad 3 145

7. UNIDAD 4. Proceso militar para la toma de decisiones. Actos relacionados con el servicio. Línea de mando. Línea de mando en las organizaciones al margen de la ley 146

7.1. Objetivo general de la Unidad 4 146
7.2. Proceso militar para la toma de decisiones 146
7.2.1. Principio de Necesidad Militar 147
7.2.2. Principio de distinción 149
7.2.3. Principio de proporcionalidad 150
7.2.4. Principio de humanidad 151
7.2.5. Reglas de enfrentamiento 152
7.3. Actos relacionados con el servicio 156
7.4. Línea de mando 161
7.4.1. Oficiales 163
7.4.2. Suboficiales 166
7.5. Líneas de mando en las organizaciones al margen de la ley 169
7.6. Objetivos específicos de la Unidad 5 172
7.7. Causales eximentes de responsabilidad penal individual en el DPI y en la legislación nacional 172
7.7.1. De las causales de justificación 173
7.7.2. De las órdenes de los Superiores Jerárquicos 173
7.7.3. De la legítima defensa 173
7.7.4. De los "Errores de Hecho" 174
7.8. De las causales de exclusión de culpabilidad 175
7.8.1. Padecimiento de enfermedad o deficiencia mental en el momento de llevar a cabo el ataque contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado (*insanity*) 176
7.8.3. Coacción, compulsión o coerción (*duress*) 177
7.9. Causales que no se admiten dentro del Derecho Internacional 178
7.9.1. Asimetría (*Tu Quoque*) 179
7.9.2. Improcedencia del cargo oficial 179
7.9.3. Necesidad militar y represalia 181
7.9.4. Permisibilidad de la conducta en el derecho interno 181
7.10. Ejercicios de la Unidad 5 181

Bibliografía general del Capítulo 184

1. Justificación

De acuerdo con los principios que regulan el Derecho Penal, tanto internacional como interno, se debe partir de un punto cardinal: el principio de la responsabilidad penal individual, en contraposición a la figura proscrita de la responsabilidad penal colectiva. La responsabilidad penal individual es un principio que ha sido decantado tanto convencional como por vía jurisprudencial, mostrando unas características específicas en los crímenes que atentan de manera grave a los DDHH y DIH. Estos crímenes, en términos generales, son denominados crímenes cometidos en masa que necesitan del concurso de un número plural de participantes (entre autores y partícipes), razón por la cual se hace imperativo deslindar la responsabilidad penal de cada persona, por acción o por omisión, en esta materia.

2. Objetivo general del Capítulo

Analizar el concepto de responsabilidad penal individual en cuanto a criterios de imputación en el Derecho Penal Internacional (Estatuto de los Tribunales Penales internacionales desde Nüremberg hasta Roma) y en el Derecho Penal Interno. Se abordarán los elementos subjetivos y objetivos de la imputación penal.

3. Objetivos específicos del Capítulo

- Abordar los elementos de imputación en la autoría y participación a la luz de los instrumentos y la jurisprudencia internacionales.
- Analizar los presupuestos de configuración de la responsabilidad penal del Superior. Se tendrán en cuentas distintas modalidades de mando (mando militar, mando civil), haciendo énfasis en las distintas consecuencias que tiene en el ámbito de la imputación penal –subjetiva y objetiva–, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno.
- Enfatizar sobre el problema de la obediencia debida y sus implicaciones en el derecho penal internacional y en el derecho penal interno.
- Precisar y analizar la noción de la posición de garante para identificar la responsabilidad penal individual en crímenes graves. Análisis comparativo entre la normatividad penal internacional y la nacional.
- Analizar el concepto de acción y de omisión.
- Abordar las causales eximentes de responsabilidad penal individual tanto a nivel internacional como nacional. Causas de justificación y exculpación.

4. UNIDAD 1

Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH

4.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 1

Ofrecer las herramientas necesarias para comprender el alcance de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, armonizar estas nociones con el derecho interno e insertar estos conceptos en la aplicación práctica de las labores desarrolladas con ocasión del cumplimiento de las funciones propias del cargo de cada funcionario que participe en el plan de formación.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 1

- Identificar el concepto básico de "Derechos Humanos", sus características y principales instrumentos internacionales que pertenecen a lo que se ha denominado "núcleo duro de los Derechos Humanos".
- Identificar el cuerpo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y examinar su campo de aplicación.
- Identificar la diferencia fundamental existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.
- Determinar los mecanismos internacionales de protección a los Derechos Humanos.
- Examinar los criterios existentes en el derecho internacional para aprender a clasificar las violaciones a los Derechos Humanos.
- Aplicar a través de los casos hipotéticos o reales del capítulo los conceptos aprendidos.

4.3. ASPECTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE CARÁCTER INTERNACIONAL RELACIONADOS CON LOS DDHH Y EL DIH

Para cumplir cabalmente con los objetivos propuestos en la presente unidad, ésta se ha sido dividido en tres partes, en las cuales se presentan las nociones básicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario de manera sintética y

muy breve. Así, se hace en primer lugar una introducción frente a la importancia de las nociones básicas de Derechos Humanos para llevarlas al trabajo cotidiano, para luego abordar, como primer tema, "conceptos introductorios básicos, Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Como segunda parte se presenta el relacionado con el "Sistemas de protección de los Derechos Humanos, sistema universal y sistemas regionales", y finalmente, como tercer tema lo que tiene que ver con el "Derecho Internacional Humanitario y aspectos básicos de aplicación".

Los siete (7) ejercicios propuestos en esta unidad tienen por objeto el planteamiento de reflexiones sobre la situación de los Derechos Humanos, y familiarizar al lector con los instrumentos internacionales y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es así como se presentan varios casos que tienen algunos interrogantes a resolver y otras actividades de construcción que pondrán en práctica los elementos teóricos de la unidad.

Se entrará a examinar los instrumentos internacionales que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y se analizará la fuerza vinculante para el Estado colombiano, además de su coherencia y armonización con las normas internas.

4.3.1. La noción de Derechos Humanos: ¿Qué es un derecho humano?

Ejercicio Nº 1

A través de la lectura de este caso y a partir de la reflexión que pueda surgir, construyamos el concepto de Derechos Humanos. ¡Manos a la obra!

"Alrededor de las once horas del 6 de octubre de 1987 los comerciantes Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Rodríguez, Israel Pundor, Ángel Barrera, Antonio Flores Ochoa, Carlos Arturo Riatiga, Víctor Ayala, Alirio Chaparro, Huber Pérez, Álvaro Camargo, Rubén Pineda, Gilberto Ortiz, Reinaldo Corso Vargas, Hernán Jáuregui, Juan Bautista, Alberto Gómez y Luis Sauza, fueron requisados por el Ejército cuando pasaron por el caserío de Puerto Araújo. Esta requisa constituye la última indicación oficial sobre su paradero, antes de que ingresaran al Municipio de Boyacá (sic) y a la finca «El Diamante», zona que supuestamente se encontraba en ese momento bajo el control total de un grupo paramilitar. Hacia el anochecer de ese mismo día los comerciantes fueron retenidos por un grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Boyacá (sic), y fueron ejecutados esa misma noche o al día siguiente. La detención, desaparición y posterior ejecución de los comerciantes fue planeada conjuntamente por el grupo paramilitar que operaba en la zona y miembros de la V Brigada del Ejército. Posteriormente, el 18 de octubre de 1987 Juan Montero y Ferney Fernández, quienes se encontraban recorriendo la zona en busca de los 17 comerciantes desaparecidos, fueron detenidos y asesinados por el grupo paramilitar que operaba en la zona. Con posterioridad a la ejecución de las presuntas víctimas, sus cuerpos fueron destruidos de manera brutal con el objeto de impedir su identificación"[1].

De acuerdo con lo anterior, resultaría casi obvio pensar que las vulneraciones de las que fueron víctimas los diecinueve (19) comerciantes a los que se hace alusión en el caso son un franco atentado, no sólo a las normas nacionales de derecho penal, sino que es posible hallar vulneraciones al Derecho Internacional.

Lo que hoy para el lector resulta natural no lo ha sido a lo largo de la historia, y si bien el objeto de esta unidad no es entrar en aspectos de fundamentación histórica y filosófica, no podemos perder de vista que la construcción del concepto de Derechos Humanos ha sido fruto de años y años de luchas, de reivindicaciones y de cuestionamientos en torno a la dignidad y a la felicidad del hombre.

La riqueza del pensamiento y el desarrollo de diversas visiones del mundo han suscitado que en el hombre se represente la necesidad de compartir con otros un lenguaje común, en el que gire el respeto por la diferencia y se promueva la unificación de ciertos conceptos. Esta fue

[1] Tomado de "http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_93_esp.doc", Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los diecinueve (19) Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de doce (12) de junio de dos mil dos (2002).

precisamente la tarea de aquellos que se reunieron para la redacción de la Declaración Universal. Muchas formas de ver el mundo, muchas formas de ver y entender al hombre como protagonista de la sociedad se unieron para enlistar un catálogo de derechos "más o menos comunes" que permitieran predicar cierta sintonía en el lenguaje universal.

Se busca que el concepto de Derechos Humanos y el catálogo de garantías sean las reglas del juego, que tengan la capacidad de unir al mundo y caminar hacia la tolerancia, de propiciar la paz entre las naciones, de verse y sentirse solidarios con el padecimiento de otros pueblos. Este es a groso modo y sin entrar en detalles, el planteamiento que motiva a la Comunidad Internacional a definir y crear lo que hoy conocemos como Derechos Humanos[2].

Es así como adentrar al lector en la temática propuesta y apartando el centro de gravedad de la discusión de las numerosas conceptualizaciones y perspectivas de las disciplinas que se han planteado, se ofrece la siguiente definición de los Derechos Humanos:

> *"Conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*[3].

De acuerdo con lo planteado, ¿puede aseverarse que los hechos de este caso constituyen una violación de derechos humanos por parte del Estado, tales como el derecho a la vida, a la libertad de locomoción, a la integridad física, entre otros, tratándose de hechos de terceros?

Debe tenerse en cuenta, además, que debido a que estos derechos es posible ubicarlos dentro del texto constitucional en los artículos 11, 12 y 24 respectivamente, se trata de derechos fundamentales, sin perjuicio de que naturalmente son Derechos Humanos y se ubiquen también en los instrumentos internacionales[4].

Como puede observarse, la definición ofrecida por el Profesor Pérez Luño reconoce que la importancia de los Derechos Humanos se evidencia tanto en los textos internos como en los instrumentos internacionales, y no desconoce que el contexto histórico se ha convertido en un elemento determinante para la construcción del concepto, debido a que solamente cuando el hombre se relaciona con otros y con la cultura de una sociedad es capaz de llevar a la vida práctica las abstracciones o los conceptos para lograr tener una vida mejor.

4.3.2. Tipología de los derechos

De acuerdo con la doctrina, existe una diferencia entre los Derechos Humanos y los derechos fundamentales. Se afirma que los primeros son aquellos que se encuentran consagrados en los instrumentos internacionales, en tanto que los segundos son aquellos que pueden hallarse dentro del texto de la Constitución Política.

En el texto constitucional colombiano es posible hallar varios derechos de los que se encuentran en los instrumentos internacionales y, al igual que en otros textos, existe una clasificación pedagógica de los derechos.

Dentro del amplio catálogo es posible encontrar derechos civiles y políticos[5], derechos económicos, sociales y culturales[6], y derechos colectivos[7], los cuales en la práctica han presentado numerosos problemas a la hora de determinar su exigibilidad.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está obligado el Estado al cumplimiento y el respeto de derechos que, pese a no encontrarse en el texto constitucional, sí sean hallados en tratados internacionales y que hayan sido suscritos por Colombia, esto en aplicación e interpretación de los artículos 93 y 94 de la Constitución, y de lo que según la Corte se entiende por "bloque de constitucionalidad"[8].

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que en el texto colombiano se ha dado cierta importancia a los Derechos

[2] Vale anotar que la definición de Derechos Humanos a lo largo de la historia ha sido equiparada a otras definiciones tales como "*derechos innatos*", "*derecho natural*", "*derechos fundamentales*", "*derechos subjetivos*", "*derechos del hombre y del ciudadano*" y "*libertades públicas fundamentales*", entre otros conceptos.

[3] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones Universidad de Sevilla.

[4] Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

[5] Ver Título II, Capítulo 1, artículos 11 al 41 de la Constitución Política de 1991.

[6] Ver Título II, Capítulo 2, artículos 42 al 77 de la Constitución Política de 1991.

[7] Ver Título II, Capítulo 3, artículos 78 al 82 de la Constitución Política de 1991.

[8] Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Humanos, y el Estado se manifiesta cumplidor de los preceptos de los mismos en virtud de sus fines esenciales, lo cual es ratificado por la jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha conceptuado en numerosas de sus sentencias lo que debe entenderse por derecho fundamental, y su postura se ha ido ampliando a través del desarrollo de la jurisprudencia. El criterio más claro e ilustrativo es el que afirma que un derecho fundamental es "todo derecho que sea inherente a la persona humana"[9], adoptando así una clara visión ius naturalista de los derechos[10].

Ejercicio Nº 2

Utilizando la Constitución Política de Colombia y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de mil novecientos sesenta y seis (1966), examine los derechos allí consagrados y señale cinco (5) diferencias entre las garantías contempladas.

4.3.3. ¿Cuáles son las características de los Derechos Humanos?

En su lugar y a manera de enunciación, a continuación se describen brevemente las características de los Derechos Humanos:

a) Universalidad

Busca que la aplicación de los Derechos Humanos se dé a todas las personas, sin que se tengan consideraciones de ninguna naturaleza como la raza, el color, el sexo, origen nacional, posición económica, tendencia religiosa o política, entre otros aspectos.

b) Interdependencia

De acuerdo con esta característica, los Derechos Humanos no tienen jerarquía entre ellos, pues todos y cada uno se predican del ser humano y se le reconocen en virtud de su esencia.

c) Interrelación

Los Derechos Humanos se relacionan entre sí. Dicha característica se encuentra relacionada con la anterior, pues implica que la satisfacción de un derecho contribuye a la realización de otros, propende por el mejoramiento de las condiciones de los individuos y promueve su dignidad.

d) Exigibilidad

Dicha característica comporta cuál es el grado de reclamación que puede formularse por parte de los individuos al Estado respecto de sus derechos. No todos los Derechos Humanos se caracterizan por tener el mismo grado de exigibilidad. Se considera que son reclamables los civiles y políticos, toda vez que son de aplicación inmediata[11], en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– suponen de la planeación del Estado, de la apropiación de recursos económicos y de un desarrollo progresivo a través de la política pública.

Ejercicio Nº 3

Investigue cuál es el principal problema que se plantea en la doctrina frente a la característica de la Universalidad de los Derechos Humanos, e investigue un caso concreto en el que esto se evidencie.

4.3.4. ¿Existe diferencia entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario?

Para abordar el estudio de las demás temáticas propuestas en este capítulo es importante recordar brevemente cuáles son las diferencias entre estos dos (2) conceptos y ver su ámbito de aplicación.

a) Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Son el conjunto de normas que consagran derechos y garantías aplicables en cualquier tiempo y de manera

[9] Corte Constitucional. Sentencia T-02 de 8 de mayo de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[10] Para la ampliación de la tendencia jurisprudencial en este sentido puede acudirse a las Sentencias de la Corte Constitucional T-01 de 1992, T- 418 de 1992 y T-227 de 2003.

[11] Se entiende por derechos de aplicación inmediata aquellos que no requieren de un desarrollo legal para que sean efectivos y en su lugar reclamables. Ver artículo 85 de la Constitución Política de Colombia. Ver también catálogo de derechos consagrado entre el artículo 11 al 41 de la Carta Política.

universal a los sujetos, y que deben ser observadas y promovidas por los Estados.

b) Derecho Internacional Humanitario

Es el cuerpo normativo establecido (consuetudinaria o positivamente) para regir los conflictos armados, ya sean de índole nacional o internacional. Este sistema limita el uso de la fuerza (restringiendo los métodos y medios permitidos en una disputa bélica) por parte de los actores armados, así como regula el tratamiento a las personas y los bienes que pueden estar involucrados en las hostilidades (haciendo especial énfasis en los heridos, los vencidos, las personas y bienes protegidos). Su principal función es reducir al máximo los efectos de los enfrentamientos armados. Por otra parte se tiene el "Derecho en la Guerra", que es aquel que protege a los combatientes.

4.4. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CUERPOS NORMATIVOS

a) Concepto general

Por objeto de aplicación nos referimos a los sujetos susceptibles de caer bajo el amparo normativo de cada uno de los ordenamientos bajo estudio, y por ámbito de aplicación hacemos alusión a la temporalidad o a los espacios (no territoriales) en que estos sistemas jurídicos pueden ser utilizados.

Aunque ambos criterios (objeto y ámbito) pueden ser deducidos de las definiciones dadas con anterioridad, no está de más hacer énfasis en este punto.

b) Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Son susceptibles de caer bajo su influjo protector todas las personas sin distingo de raza, sexo, religión, edad o nacionalidad. Ya que son potestades jurídicas inherentes a las personas por su condición de seres humanos, todas las personas pueden hacer uso de esta normatividad.

Su aplicación no se encuentra restringida, por lo que puede aplicarse en cualquier tiempo (exista o no situación de conflicto armado interno o internacional).

c) Derecho Internacional Humanitario

Está especialmente diseñado para minimizar los efectos de las hostilidades, por lo que son sujetos de su aplicación todas las personas involucradas en un conflicto, sean o no actores armados (por lo que protege tanto a militares como a civiles y grupos armados al margen de la ley). Se enfatiza la protección a heridos, vencidos, presos (siempre que su detención se deba al conflicto armado en desarrollo), combatientes que se rinden y bienes protegidos por el Derecho Internacional (iglesias, hospitales, escuelas, etc.).

Su aplicación sólo se hace meritoria a instancias de una lucha armada de carácter interno o internacional. No hay lugar a negar la aplicación de las disposiciones de DIH aduciendo que la guerra nunca fue declarada o que alguno de los Estados participantes (tratándose de conflictos internacionales) no reconoce el estado de guerra, si éste es notorio. Sus disposiciones nunca pueden ser aplicadas en tiempo de paz.

4.5. PRINCIPIOS APLICABLES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Para aplicar correctamente las normas del DIH, pero sobre todo con el objeto de efectuar una adecuada interpretación de las mismas, es importante revisar brevemente los principios que se aplican. Es así como podemos definirlos como "*aquellos preceptos que las partes deben respetar al momento de aplicar las disposiciones humanitarias*"[12].

Dichos principios se dividen en *principios fundamentales, principios comunes a los Derechos Humanos, principios aplicables a las víctimas de los conflictos y principios propios del derecho de la guerra*.

4.5.1. Principios fundamentales[13]

Tales principios se encuentran consagrados en algunos instrumentos internacionales que se encargan de dar tratamiento a este tema:

a) Principios de humanidad

Dispone que tanto los civiles como los actores del combate se encuentran bajo la protección del derecho de gentes, lo que implica las normas de la humanidad, la conciencia generalizada y pública, y los usos establecidos. De acuerdo a ello las acciones del Estado para mantener el orden y

[12] RIVERA, Martha Lucía. *Educar en Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá. Universidad de Los Andes. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, Bogotá, 2004, p. 28.

[13] *Ibídem.*

controlar los conflictos deberán ser consecuentes con la dignidad de la persona.

b) Principios derivados por el derecho de Ginebra

Preceptúan que los civiles, es decir aquellas personas que no participan dentro de las hostilidades deben ser respetadas, tratadas con humanidad y además protegidas.

c) Principios derivados del derecho de La Haya

De acuerdo con estas normas las partes que se encuentran dentro del conflicto no tienen la libertad para poder establecer cuáles son los medios y métodos de la guerra.

4.5.2. Principios comunes a los Derechos Humanos[14]

Dichos principios se encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir en cualquier tiempo tienen vigencia, motivo por el cual deben ser aplicados también en tiempos de guerra:

a) Inviolabilidad

De acuerdo con este principio a los individuos se les debe respetar la vida e integridad personal, lo que implica que no debe ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes.

Así mismo dispone que se le deba respetar su propiedad y no ser privado de manera arbitraria de ella, la personalidad jurídica, el honor y en caso de estar herido debe recibir asistencia médica.

b) No discriminación

Dispone que las personas no deben recibir un trato que las excluya y que se funde en su sexo, raza, origen nacional, idioma, clase social y posturas políticas o religiosas, entre otras.

c) Seguridad

Supone que las personas deben tener claras condiciones de seguridad, lo que se refleja en la responsabilidad por los hechos cometidos, la prohibición de las represalias, los castigos colectivos, las deportaciones y la toma de rehenes.

4.5.3. Principios aplicables a las víctimas de los conflictos[15]

De acuerdo con estos principios se establecen una serie de reglas que amparan a los sujetos que resultan ser afectados directos por los conflictos armados internos o internacionales:

a) Neutralidad

De acuerdo con este principio existen organismos como la Cruz Roja Internacional, que pueden intervenir como colaboradores humanitarios en los conflictos, sin que ello implique que están tratando de favorecer a alguna de las partes, y que deben ser respetados y al margen de los ataques.

b) Normalidad

Implica que aquellos sujetos que sean protegidos con ocasión del conflicto armado puedan desarrollar sus proyectos de vida de una forma normal dentro del margen de las limitaciones que supone la misma situación.

c) Protección

Indica que el Estado debe cumplir el rol de proteger a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

4.5.4. Principios aplicables al derecho de la guerra en estricto sentido

De acuerdo con ellos se marca una pauta especial de cuáles son los límites mínimos a respetar durante el desarrollo de las estrategias militares o de las hostilidades:

a) Distinción

Indica que los actores del conflicto deberán identificar entre los involucrados en las hostilidades y los civiles, para que a partir de allí se eviten ataques en contra de los segundos y se dirijan en exclusiva a los primeros.

[14] *Ibídem.*

[15] *Ibídem.*

b) Proporcionalidad

Significa que los actores deberán hacer un uso necesario y no desproporcionado de la fuerza.

c) Limitación

Está muy relacionado con el de distinción y supone que los civiles estarán protegidos de los riesgos que eventualmente se generan con ocasión al desarrollo de las operaciones militares.

> ***Ejercicio Nº 5***
>
> Busque una noticia en la que se describa un enfrentamiento entre las fuerzas del Estado y los grupos al margen de la ley, y de acuerdo a la narración de los hechos identifique los principios violados.

4.6. ¿CÓMO INCIDEN ESTOS CONTENIDOS EN EL ESTADO COLOMBIANO?

Las obligaciones del Estado frente al derecho internacional de los Derechos Humanos y frente al Derecho Internacional Humanitario se derivan de las normas constitucionales, pero sobre todo de lo que ha sido dispuesto por la Corte Constitucional en desarrollo del "*bloque constitucionalidad*". El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia dispone que "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen Derechos Humanos y que prohíben su limitación prevalecen en el orden interno…*". De acuerdo a ello es claro que todos los tratados en los que el Estado haya manifestado su voluntad de aceptación hacen parte de las obligaciones que le son exigibles, y debe propender por la promoción y protección de los Derechos Humanos contenidos en estos textos[16].

Si bien este proceso ha sido evolutivo en el ordenamiento colombiano, la sentencia paradigmática es la C-574 de 1992[17], debido a que plantea importantes conclusiones frente a la fuerza vinculante de los tratados internacionales en el ordenamiento colombiano, argumentos que se han constituido en pilares de la línea jurisprudencial hasta la fecha sostenida por esta corporación[18].

Resumiendo los argumentos de la Corte, queda claro que la Constitución reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios ratificados por Colombia sobre Derechos Humanos. En este mismo sentido reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, sobre todo durante los estados de excepción.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional da el marco de aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, debe reconocerse que dentro del mismo cuerpo de los tratados los Estados al ratificarlos manifiestan su voluntad de cumplimiento, y los mismos se comprometen a observar una serie de obligaciones de carácter positivo o negativo de acuerdo con las disposiciones de su texto[19].

4.7. LOS TEXTOS JURÍDICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para entrar a estudiar los principales instrumentos internacionales que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es pertinente hacer referencia a la Opinión Consultiva 0C-16/99, en la que se afirma que existe un *corpus juris* del derecho internacional que, de acuerdo con el texto de la consulta, está conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)[20].

A continuación, en el Cuadro 1, se resumen los instrumentos internacionales del derecho internacional de los Derechos Humanos que son obligatorios para el Estado colombiano[21].

[16] Vale la pena resaltar que si bien esta es la tesis sostenida por la Corte Constitucional, no existe en estricto sentido ningún tratado internacional que prohíba las limitaciones a los derechos humanos en el contexto interno.

[17] Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

[18] Sobre el mismo tema ver Sentencias de la Corte Constitucional T-426 de 1992, C-225 de 1995, entre otras.

[19] Sobre este punto vale decir que los Estados, al ser parte de los instrumentos internacionales, se comprometen a proteger los derechos allí consagrados, a resguardar a los individuos de las violaciones a los derechos y a disponer de los medios que estén a su alcance para garantizar la efectividad de las garantías consagradas en la letra del instrumento.

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-16/99, *supra*, párrafo 115.

[21] Debe indicarse que existen muchos otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano no incluidos en el cuadro y que revisten importancia, tales como los numerosos convenios de la OIT en los que se garantizan libertades sindicales y normas de edad mínima para el trabajo, entre otros documentos.

CUADRO 1

Instrumento Internacional	Incorporación en el derecho interno
Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*	Adoptada por la Asamblea General en Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	Ley 74 de 1968
Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte	Ley 297 de 1996
Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Ley 70 de 1986
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Ley 51 de 1981
Convención sobre los Derechos del Niño	Ley 12 de 1991
Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados	Ley 833 de 2003
Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	Ley 765 de 2002
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Ley 22 de 1981
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados	Ley 65 de 1979
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Ley 16 de 1972
Instrumento Internacional	Incorporación en el derecho interno
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC	Ley 319 de 1996
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura	Ley 409 de 1997
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas	Ley 707 de 2001
Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte	Entrada en vigor: 28 de agosto de 1991

* Debe indicarse que debido a que las Declaraciones, por no ser propiamente tratados internacionales y contener principios orientadores que por lo general se desarrollan en las Convenciones, no son objeto de ratificación y no se encuentran incorporadas al orden interno a través de una ley. Vale hacer referencia a las Resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales de acuerdo con la doctrina internacional son sugerencias a través de las cuales se hace una invitación a los Estados para asumir un determinado comportamiento frente a una decisión concreta. No obstante lo anterior, tiene la virtud de contribuir a la construcción de nuevas normas de derecho internacional.

Instrumento Internacional	Incorporación en el derecho interno
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer	Ley 248 de 1995
Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.	Ley 762 de 2002
Convenio No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo	Ley 515 de 1999
Convenio No.182 sobre las peores formas de trabajo infantil	Ley 704 de 2001
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de de Beijing)	Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985
Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)	Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990

En primer lugar, debe hacerse referencia a los instrumentos que promueven la protección de los niños, niñas, adolescentes y mujeres que, de acuerdo con la información contenida en el cuadro tanto en las normas del sistema universal como en las normas del sistema interamericano, comportan refuerzos jurídicos a esta condición de especial protección por parte no sólo del derecho internacional, sino del derecho interno.

De otro lado, dentro de los Convenios de la OIT debe mencionarse el Convenio Nº 182 sobre las peores formas del trabajo infantil, el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, más conocidas como *Reglas de Beijing*, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil llamadas *Directrices de Riad.* Si bien los Convenios de la OIT gozan de fuerza vinculante para los Estados suscriptores y adicionalmente, tal y como se indica en el cuadro, han sido incorporados al ordenamiento interno a través de la expedición de leyes, no ocurre lo mismo con las directrices y reglas mínimas, toda vez que estas tienen la utilidad de servir de guía para los Estados para el desarrollo de una política respetuosa frente a los temas de que trata.

4.7.1. ¿Cómo poner en funcionamiento los instrumentos internacionales?

Hasta ahora se ha enseñado un breve panorama de los instrumentos internacionales y se ha anotado la importancia que en el caso colombiano tienen estas normas, en el marco de lo que se entiende por bloque de constitucionalidad. Sin embargo, es importante entrar a examinar cómo se da la aplicación de estos preceptos para los casos de la vida práctica de los individuos que se encuentran sometidos a las jurisdicciones de los Estados partes de los instrumentos. En la página 88 se presenta un cuadro-resumen en el que se ilustran cuáles son los mecanismos o sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

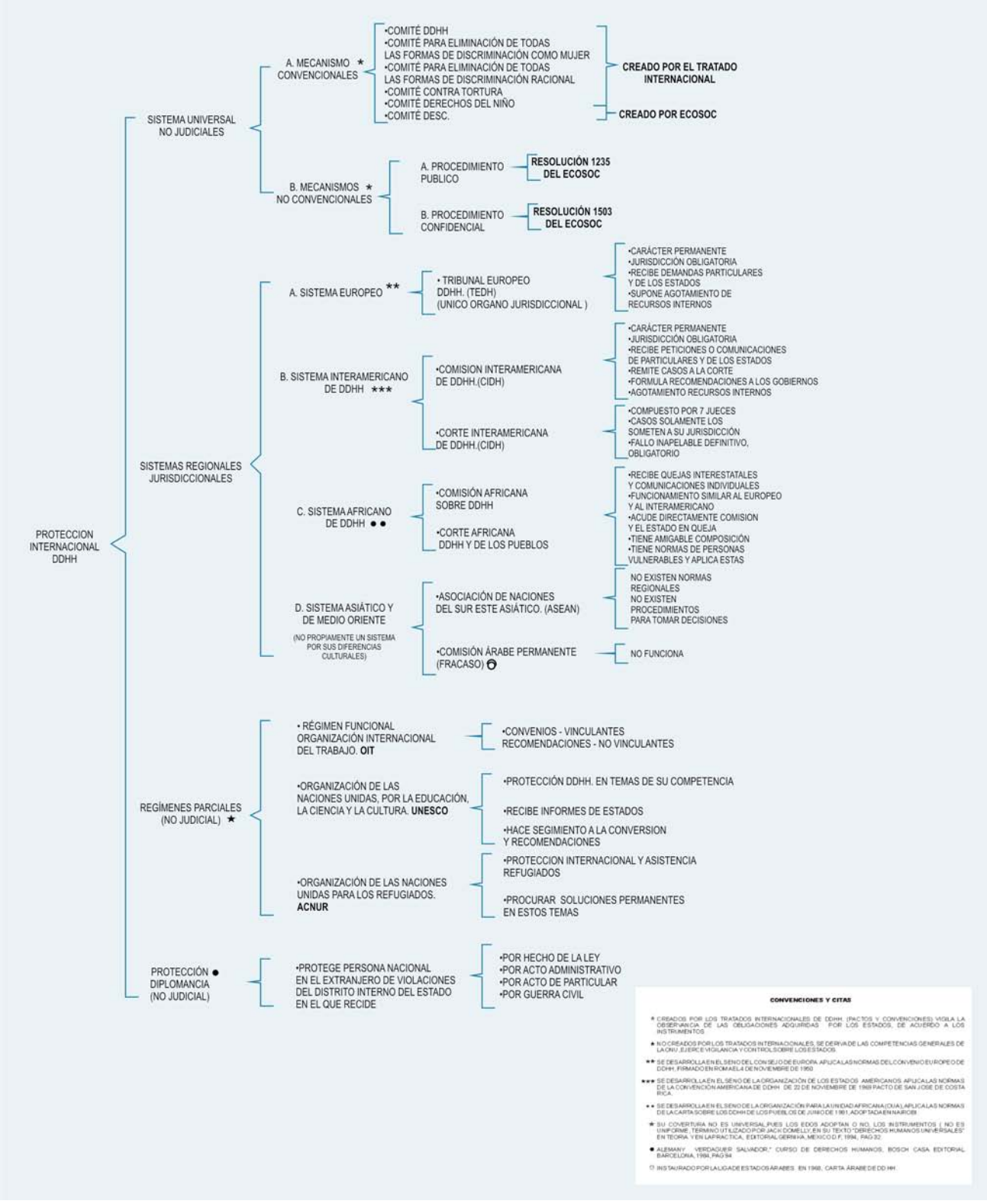
4.7.2. Precisiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como se ilustra en el cuadro, el Sistema Interamericano hace parte de los llamados sistemas regionales de protección de Derechos Humanos. A este sistema pertenecen todos los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, y a ellos se aplica la competencia de la Corte Interamericana salvo que se haya formulado una reserva en este sentido, o posteriormente se haya efectuado una denuncia del tratado internacional.

En el marco de la OEA existen algunos órganos para su funcionamiento, dentro de los cuales vale destacar, para estos efectos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas funciones principales son las de promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia[22]. Los instrumentos internacionales que sirven de

[22] Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el sistema interamericano, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica, 2006, p. 3.

CUADRO - RESUMEN 2



combustible para poner en funcionamiento el sistema son los que hacen parte de la Carta Interamericana de Derechos Humanos, integrada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos. Los Estados parte en estos tratados se obligan a su cumplimiento y aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte pueden comparecer ante estas instancias para la protección de los DDHH.

4.7.3. Procedimiento de la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el sistema interamericano no existe un único órgano para la revisión de los asuntos que implican violaciones a los Derechos Humanos, se surte un procedimiento primero ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y luego otro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Los Cuadros 3 y 4 (página 90-91) ilustran el procedimiento ante la Comisión y ante la Corte.

Ejercicio Nº 6

Lea atentamente el caso y luego resuelva las preguntas:

"El 6 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, junto con un familiar suyo, Ladislao Alberto Huamán Loayza, fue arrestada por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional de Perú, en un inmueble de su propiedad ubicado en Calle Mitobamba, Manzana D, Lote 18, Urbanización Los Naranjos, Distrito de Los Olivos, Lima, Perú. Los agentes policiales no presentaron orden judicial de arresto ni mandato de la autoridad competente. La detención se produjo por la acusación de Angélica Torres García, alias "Mirtha", ante las autoridades policiales en la que denunció a María Elena Loayza Tamayo como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso. Ladislao Alberto Huamán Loayza fue absuelto del delito de traición a la patria por el Consejo Supremo de Justicia Militar y quedó en libertad en noviembre de 1993.

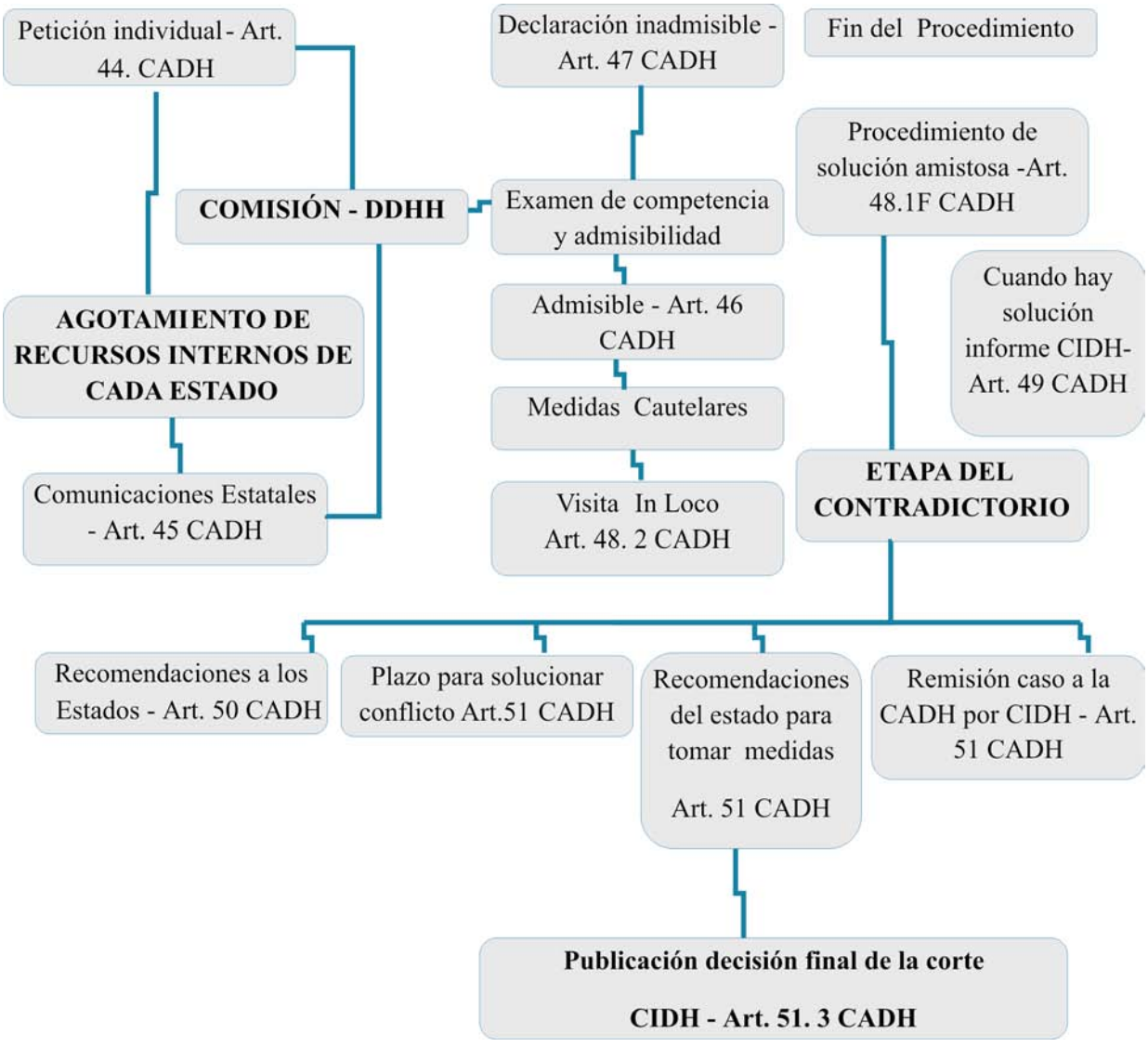
"María Elena Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 en la cual permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales; todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú Sendero Luminoso (PCP-SL). Sin embargo, la víctima declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, «criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo». El 3 de marzo fue trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos y, según la Comisión, se encontraba encarcelada en Perú hasta la fecha de la demanda.

"Durante los 10 días en que permaneció detenida no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. La familia de María Elena Loayza Tamayo se enteró de su detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor porque el Decreto Ley Nº 25.659 (Ley antiterrorista), prohibía presentar el «recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo».

"El 26 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Se le abrió el Atestado Policial por ese delito y, al día siguiente, fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina, para su juzgamiento. Se realizaron diversos trámites judiciales ante órganos de la jurisdicción interna peruana. En el Fuero Privativo Militar se le procesó por el delito de traición a la patria: el Juzgado Especial de Marina, integrado por «jueces militares sin rostro», la absolvió; el Consejo Especial de Guerra de Marina en alzada la condenó y el Consejo Supremo de Justicia Militar ante un recurso de nulidad la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al Fuero Común. En esta jurisdicción se le procesó por el delito de terrorismo: el 43º Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción; el «Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común», basado

CUADRO 3

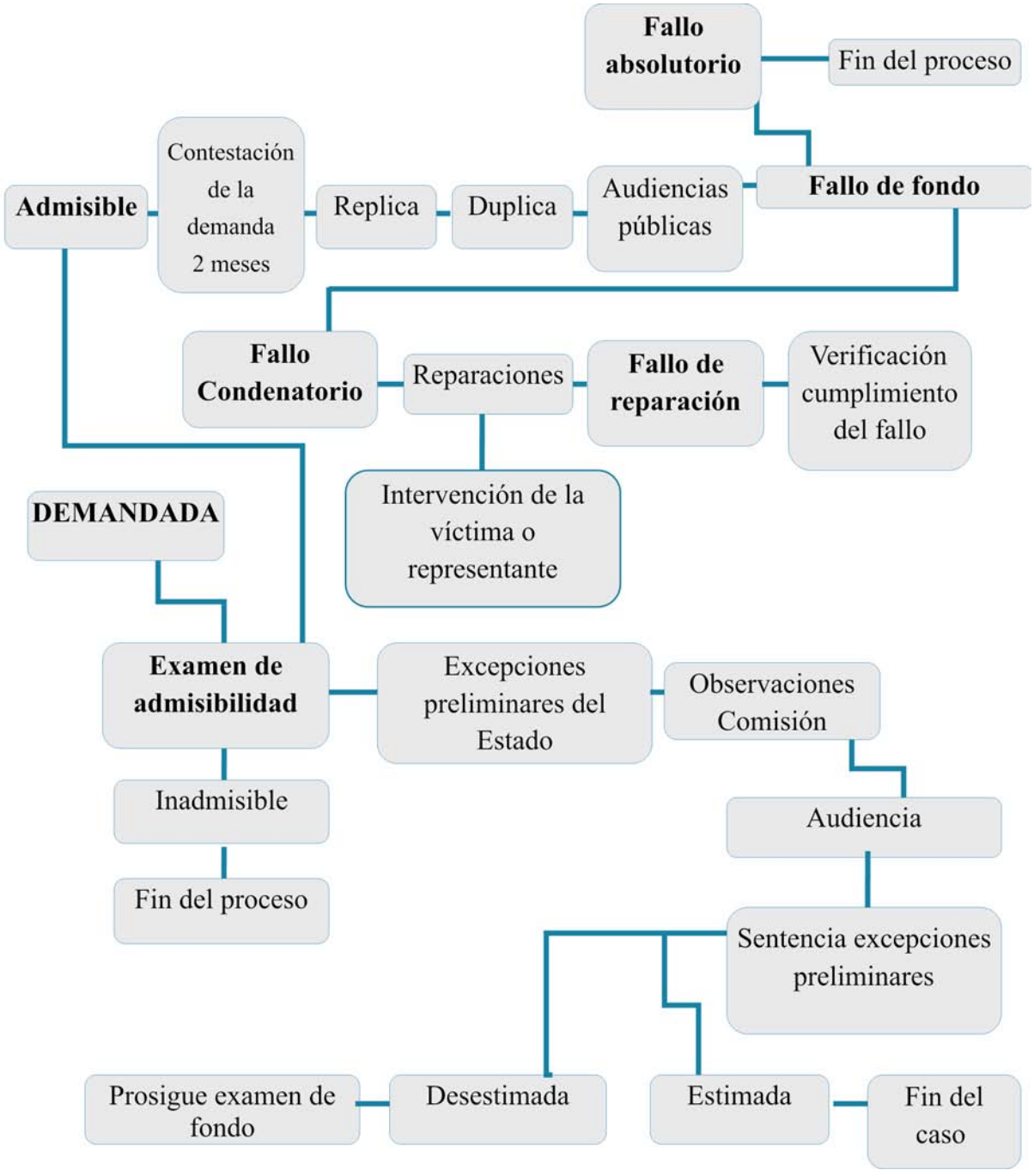
Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–[23]



[23] Procedimiento tomado de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CUADRO 4

Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos[24-25]



[24] Procedimiento tomado del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención Americana de DDHH.

[25] Para ampliar ver ORTIZ GALVIZ, Ligia. *Comprensión de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Bogotá. Ediciones Aurora, 2003, p. 352.

en los mismos hechos y cargos la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, la que lo declaró sin lugar"[26].

De acuerdo a la anterior descripción y tomando en cuenta lo visto hasta el momento, indique:

- ¿Qué mecanismos internacionales de protección pueden aplicarse?
- ¿Puede accederse a instancias internacionales?
- En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿qué requisitos debe cumplir para que esto sea posible?
- Imagine que es usted el representante de la víctima y proyecte la reclamación.

4.8. EFICACIA DE LOS FALLOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

Uno de los grandes problemas prácticos de los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos es la efectividad de los fallos de estos órganos al interior de los Estados, que son condenados por la violación a los Derechos Humanos, ya sea en el contexto del Convenio de Roma, o en el marco del Pacto de San José de Costa Rica. En principio en el caso del sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en sus artículos 67 y 68 que los fallos de la Corte serán definitivos e inapelables, y que en caso de duda acerca del alcance de los mismos, la Corte podrá hacer una interpretación de éste para indicar a las partes su espíritu. Así mismo, dispone que los Estados se comprometen a cumplir lo dispuesto por la sentencia, y finaliza indicando que en los casos en los que deban hacerse pagos de indemnizaciones éstos se harán con arreglo al procedimiento de cada país.

No obstante la claridad de las normas, el sistema no cuenta con un procedimiento eficaz de seguimiento a los fallos que obligue a los Estados a proceder con un estricto cumplimiento las órdenes impartidas por la Corte, quedando al arbitrio de las normas internas la ejecutividad de las decisiones.

La doctrina indica que el cumplimiento de los fallos depende de la postura adoptada por los Estados frente al ordenamiento internacional y a las obligaciones derivadas de los tratados, de modo que si se predica un sistema dualista se tendrá que acudir a alguna ley de incorporación para aplicar el fallo, en tanto que si se predica un sistema monista, las decisiones se deberán acatar, pues los dos órdenes conviven pacíficamente[27].

No obstante lo anterior, en la realidad de los Estados los fallos no se aplican de manera estricta, y de acuerdo con algunas hipótesis formuladas por la doctrina esto puede deberse a que los fallos en el sistema interamericano son de naturaleza compleja, pues a la hora de imponer las sanciones no se circunscriben a imponer una condena pecuniaria, sino que se derivan otros deberes como por ejemplo el de reparación integral[28].

Sea como sea, los Estados al suscribir los instrumentos internacionales se hacen garantes de los Derechos Humanos consagrados en éstos y ello los obliga a cumplir sus preceptos. Sobre ello la Corte, bajo el concepto del bloque de constitucionalidad, indica que el Estado colombiano dará especial atención a los tratados que versen sobre Derechos Humanos, y así mismo se deduce de ello, que si en principio no cumple las obligaciones y viola derechos consagrados en los instrumentos, debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, pues voluntariamente aceptó su jurisdicción y el "*deber ser*" indica someterse dócilmente a las normas que él mismo contrajo de manera voluntaria[29].

Ejercicio Nº 7

Ubique en la página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un caso de cualquier Estado que haya cumplido la condena impuesta por esta instancia, y otra en la que se haya sustraído.

[26] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_25_esp.doc. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 1996.

[27] RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del TEDH*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, capítulos I y III. También: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales normativos.* Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

[28] LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "Las Cortes Interamericana y Europea en perspectiva comparada", en *International Law*, Revista colombiana de derecho internacional, Nº 5, junio de 2005, p. 107.

[29] No sobra recordar que la Convención Americana entra en vigor para Colombia el 18 de junio de 1978 en virtud de la Ley 16 de 1972.

4.9. "NORMAS PARA LA GUERRA" EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Tradicionalmente en el Derecho Internacional Humanitario se formulaba una estricta diferencia entre el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra en razón a sus temáticas de protección, el primero de ellos dedicado a establecer los medios de combate, y el segundo encargado de regular la protección de los bienes y las personas. Esta discusión se ha superado con el paso del tiempo, pues se apela a la finalidad del Derecho Internacional Humanitario y se reconoce el hecho de que el derecho de Ginebra ha asimilado varios temas del derecho de La Haya a través del Título III del Protocolo Facultativo I (aplicable a los conflictos armados internacionales) y a los acuerdos de Ginebra de 1949. Hay que precisar que el Protocolo I es aplicable solamente en guerra internacional.

Las normas a las que se hace referencia al hablar de DIH son:

- Convenio de Ginebra I de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- Convenio de Ginebra II de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- Convenio de Ginebra III de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- Convenio de Ginebra IV de 1949, relativo a la protección debida a los civiles en tiempos de guerra[30].
- Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales[31].
- Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional[32].

Sobre la aplicación de estos instrumentos a la situación concreta colombiana, se han presentado muchos debates. De un lado se aplica el artículo 3º Común a los cuatro (4) Convenios de Ginebra de 1949[33], y las disposiciones del Protocolo I, en tanto que sobre el Protocolo II, hasta que no fue ratificado el 14 de agosto de 1995, no se aplicó a los conflictos armados.

La vinculación de los instrumentos internacionales que hacen parte del DIH ha sido una discusión jurídica y política. Con respecto al artículo 3º Común a los cuatro Convenios de Ginebra no se plantea mayor problema, toda vez que han sido incorporado a través de la Ley 5ª de 1960.

No obstante lo anterior, existen posturas progresistas que se fundamentan en las normas de derecho consuetudinario y en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la obligatoriedad de la integridad del DIH.

Sobre este primer punto, es decir, las normas consuetudinarias, se afirma que éstas son las que han dado sustento a los instrumentos internacionales por ser previas, y que la consagración de sus postulados evidencia un efecto declarativo y no constitutivo, por lo que son obligatorias.

Por otra parte, los contenidos del derecho de los conflictos armados han sido calificados como normas imperativas de derecho internacional general o *ius cogens,* es decir como normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario por parte de los Estados[34]. No obstante esto, es importante plantear una crítica en el sentido de que si los tratados internacionales admiten la posibilidad de formulación de reservas por parte de los Estados, se puede llegar a desvirtuar su carácter de norma imperativa.

Al revisar la jurisprudencia constitucional sobre el tema, es indispensable hacer remisión a la Corte Constitucional en su Sentencia C-574 de 1992, de ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, de acuerdo con la cual se da aplicación a los artículos 93, 94 y 214-2 de la Constitución, y con ocasión a la revisión constitucional del Protocolo I se concluyó que la Constitución de 1991 quiso dar refuerzo al DIH al consagrar estos artículos, permitiendo que los instrumentos en esta materia, incluso sin que medie ratificación son obligatorios, pues forman parte integral del núcleo común de los mismos Derechos Humanos.

[30] Incorporados al derecho interno colombiano en virtud de la Ley 5ª de 1960.

[31] Con entrada en vigor para Colombia el 1º de marzo de 1994.

[32] Falta texto nota 32

[33] El artículo 3º Común se encarga de regular todo conflicto armado interno que exceda el marco de los disturbios interiores o las tensiones internas.

[34] UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "La aplicabilidad jurídica integral del DIH en el conflicto armado colombiano", en *Derecho Internacional Humanitario en Colombia, problemática y* aplicación. Bogotá: TM Editores, 2004, pp. 80-102.

5. UNIDAD 2

Elementos de imputación en la autoría y participación. Instrumentos y jurisprudencia internacional relacionados con el tema

5.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 2

Analizar los principales elementos de imputación para determinar en un caso concreto la atribución de responsabilidad en las distintas formas de intervención en la conducta punible.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 2

- Estudiar cada una de las formas de intervención en la conducta punible relacionadas con violación a los DDHH e infracciones al DIH en el derecho penal internacional.
- Comparar las formas de participación y autoría en el Código Penal colombiano

5.3. ELEMENTOS DE IMPUTACIÓN EN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. INSTRUMENTOS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL RELACIONADOS CON EL TEMA

El contexto en que se desarrolla la comisión de las conductas típicas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos, es particularmente especial. En efecto, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, por su naturaleza, *requieren un contexto de violencia sistemático o masivo*[35]. En consecuencia, para tipificar dichos crímenes hay que identificar un aspecto de organización que puede surgir de un ente colectivo estatal, o dentro de organizaciones por fuera de éste último. Son infracciones que se dan a gran escala, con una metodología organizacional fácilmente identificable por más sofisticada o rústica que sea, lo que significa que los ataques aislados, sin una organización sistemática, con vocación de estabilidad identificable, en vista a la comisión de graves ataques a los Derechos Humanos, no constituyen un crimen internacional, así se constate la participación de un grupo de personas.

El genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión[36] se insertan dentro de un concepto de *macrocriminalidad*[37]. Hay que precisar que puede identificarse hechos individuales que se insertan en una política sistemática o generalizada que enmarcan un hecho global.

Uno de los grandes avances de la teoría del Derecho Penal Internacional es precisamente el reconocimiento de una responsabilidad punitiva directa que concierne a los individuos, con independencia de la responsabilidad internacional que le atañe a un determinado Estado por la comisión de violaciones a los Derechos Humanos.

Es importante recalcar que, en desarrollo de principios garantistas del derecho penal, no se admite una responsabilidad punitiva colectiva. Si bien es una tarea dispendiosa por la magnitud del contexto en que tienen lugar esos crímenes, los servidores y servidoras responsables de la investigación, juzgamiento y sanción por este concepto deben tener claras las herramientas para identificar e imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad de cada individuo que intervino en la lesión o puesta en peligro de los aludidos bienes jurídicamente tutelados. Pero no basta con determinar cuáles son los actos que permitan individualizar la responsabilidad penal de cada persona que participa en estos actos macrocriminales.

> *"Un mayor desafío lo constituye la valoración de la parte del crimen imputable al individuo"*[38].

5.3.1. La Responsabilidad Penal Individual en el contexto del Derecho Penal Internacional

El principio de la responsabilidad penal individual tuvo un decantamiento en la práctica en el plano

[35] WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción al castellano con la coordinación de María del Mar Díaz Pita, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005. p. 81.

[36] Es pertinente recordar que el crimen de agresión aún no ha sido definido por los Estados miembros del Estatuto de Roma.

[37] Para un estudio detallado sobre le macrocriminalidad como elemento internacional de los crímenes que atentan contra la humanidad, consúltese AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* Traducido al castellano por Ezequiel Malarino. Montevideo. Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 44 y ss. Consúltese también WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* pp.17 y ss. Así mismo, pp.148 y ss.

[38] WERLE, Gerhard, *ob. cit.,* p. 209.

internacional[39], el cual se vino a cristalizar en los diferentes estatutos de los Tribunales Penales Internacionales. En efecto, el artículo 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (que va más allá de lo puramente simbólico al disponer de medios concretos coercitivos al efecto) consagró que:

> *"El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación.*
>
> *"Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual (…)".*

En similar sentido, pero aludiendo a las características propias, el artículo 5º del Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente consagra la responsabilidad penal individual.

Así mismo, el artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia dispone que:

> *"La persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5[40] del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen".*

Una redacción idéntica la trae el artículo 6.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, respecto de la responsabilidad penal individual por la comisión de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes que constituyen violaciones del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios.

Recientemente el Estatuto de Roma en su artículo 25 consagra la responsabilidad penal individual de esta forma:

> *"1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.*
>
> *"2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.*
>
> *"3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*
>
> *"a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;*
> *"b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;*
> *"c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;*
> *"d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*
> *"i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o*
> *ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;*
> *"iii) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;*
> *"e) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.*
> *"4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".*

---

[39] El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia reconoció el carácter consuetudinario de este principio, en la sentencia de la Cámara de Primera Instancia contra Dusko Tadic del 7 de mayo de 1997, parágrafos 661 y ss.

[40] Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.

5.3.2. Evolución de la teoría de la intervención en el Derecho Penal Internacional

Lo primero que hay que constatar es que, al hablar de "*intervención*", se hará en su sentido más genérico. Sin embargo, se reitera que la concurrencia de una infinidad de individuos en la comisión puede significar una difícil y delicada aproximación en la teoría y en la práctica probatoria en lo que se refiere a imputar correctamente, bien sea a título de autor (y de qué clase de autoría) o de partícipe. A partir de la jurisprudencia que se basó en el Estatuto Militar Internacional de Nuremberg, empezó de una manera confusa e incipiente a tratar la cuestión de la responsabilidad penal individual.

A grandes rasgos, la jurisprudencia de los Tribunales Militares Internacionales era imprecisa y laxa en el tratamiento de la participación en los crímenes de su competencia, hasta el punto de edificar una teoría basada en el *concepto unitario de autor* en donde no era posible distinguir autores y partícipes[41]. Inspirado en una línea ortodoxa de los sistemas de *common law*, todo aporte que hubiere contribuido a la producción del resultado, en *conexión directa* o *conducta aprobatoria*[42], entre otras conductas, eran endilgadas a título de autoría. Lo anterior demuestra que al menos las primeras jurisprudencias del Derecho Penal Internacional abordaron el problema con apoyo a la teoría de la equivalencia de condiciones. Tan sólo se hará una diferenciación al momento de dosificar la pena. Sin embargo, posteriormente, en jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, se ha tratado de mitigar esa visión, y aunque tímidamente trata de esbozar una diferenciación normativa, ya a nivel del tipo entre autoría y participación. Dicha jurisprudencia ya reconoce y distingue varias formas de intervención punible[43].

Así mismo, y contrario a lo establecido en Nuremberg, la Ley 10 del Consejo de control sí distingue entre las figuras de autor y partícipe accesoria al castigar como:

> *"partícipe a quien coadyuva en la comisión del crimen, al que lo ha ordenado («ordered») o facilitado («abbeted»), a quien ha participado con su aprobación, a quien ha tenido relación con su planificación o realización o pertenece a una organización que está relacionada con la comisión del hecho"*[44].

5.3.3. La sistemática de las formas de intervención en el Estatuto de Roma

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en lo que se puede afirmar que constituye y cristaliza un avance en derecho penal internacional, de manera sistemática reagrupa las distintas modalidades de intervención. De la misma forma, las codificaciones de Derecho Penal Internacional de 1991 y 1996 siguen la línea de esta necesaria diferenciación.

En este orden de ideas, el artículo 25, en relación con las clases de autoría, distingue:

a) Autoría inmediata (o directa)

Quiere decir que autor es el que tiene el dominio de la acción. El autor decide de manera positiva las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se comete el crimen.

b) Coautoría

Es una variante de la autoría y emerge cuando hay un dominio funcional del hecho. En ellos se encuentra una división del trabajo, un aporte significativo y mediante un plan común que supone un acuerdo. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha identificado tres variantes de lo que denomina *la empresa criminal conjunta (joint criminal Enterprise):*

> *"En la primera categoría incluye los casos en los que un grupo de personas comparte la intención de cometer un crimen de derecho internacional y éste se ejecuta de conformidad con el plan común («common design»). Los coautores pueden llevar distintos roles. No es necesario que todos quieran cometer el hecho por el mismo motivo. Para afirmar la comisión conjunta es necesario que se lleve a cabo un aporte causal e importante («significant») a la realización del plan común. La aportación no tiene que estar necesariamente relacionada con la fase de ejecución del delito, sino que puede consistir en cualquier ayuda*

[41] AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 75.

[42] AMBOS, Kai, *ob. cit.*, p. 75.

[43] Ver sentencia contra Dusko Tadic de la Cámara de Apelaciones del 15 de julio de 1999 (parágrafo 185) y sentencia Mucic de la Cámara de Primera Instancia (parágrafos 321 y ss.).

[44] WERLE, Gerhard, *ob. cit.*, p. 210.

(«assistance in, or contribution to, the execution of the common plan or purpose»). Es suficiente una contribución en la fase de preparación. No es necesario que los coautores se encuentren organizados como unidad militar, política o administrativa".

"Los denominados casos de concentración constituyen la segunda categoría de la empresa criminal conjunta. Estos incluyen los crímenes cometidos por un grupo de personas, en especial miembros de grupos militares y políticos, dentro de sistemas de maltratos («systems of ill-treatment»). Para fundamentar la responsabilidad a título de coautoría es necesario que desde un punto de vista objetivo se pueda afirmar la existencia de un sistema para el maltrato de los prisioneros o para la comisión de crímenes de derecho internacional. El autor debe participar de forma activa en la implementación de este sistema represivo. Esta participación se derivará por lo general de la posición del acusado y de sus funciones específicas. En lo subjetivo, se requiere que el autor sea consciente del carácter del sistema y que actúe con la intención de apoyarlo. También esta intención puede inferirse, en la mayoría de los casos, de la posición de autoridad del autor.

"En ambas categorías de empresa criminal conjunta, los intervinientes son responsables de todos los crímenes que se hayan llevado a cabo en el marco del acuerdo común.

"Por el contrario, la tercera y más amplia categoría («extended joint criminal Enterprise»), se refiere a los supuestos en los que uno de los coautores comete un exceso que va más allá del plan común. Al resto de los intervinientes en el plan conjunto se les puede imputar los resultados excesivos no contemplados en el plan común, si son consecuencia natural y previsible («natural and foresseeable consequence») de la ejecución del plan. Desde el punto de vista subjetivo, el interviniente debe haber aceptado de forma consciente el riesgo de que se produjera la consecuencia o, al menos, éste debe haberle sido indiferente"[45].

Como se observa, esta última modalidad de coautoría es bastante amplia en el derecho penal internacional y puede encuadrarse en el artículo 25.3 d) del Estatuto de Roma. Algunos autores consideran esta figura como una expansión de la imputación, en términos similares a la figura de *conspirancy* propia de los sistemas adscritos al *common law*[46].

c) Autoría mediata

El Estatuto de Roma prevé la responsabilidad penal por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Se puede identificar de esta forma, en primer lugar, la modalidad de autoría mediata por dominio de la voluntad, sea por coacción, por aprovechamiento de un inimputable o aprovechamiento de error. En estos eventos el coaccionado no responde penalmente porque es utilizado como un mero instrumento. El *"hombre de atrás"* es quien debe ser declarado penalmente responsable. Como segunda modalidad de la autoría mediata, y de gran importancia práctica, lo constituye la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la cual se va a abordar más adelante[47].

5.3.4. Aspecto subjetivo de la autoría

En cuanto al tipo subjetivo para imputar responsabilidad penal a un autor, en cualquiera de sus modalidades, debe responder a los parámetros del artículo 30 del Estatuto de Roma.

Dicho artículo dispone:

"1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

"2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

"a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
"b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

[45] WERLE, Gerhard, *ob. cit.*, pp. 216 y 217.

[46] AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Traducción al castellano de Fernando del Cacho, Mónica Karayan y Oscar Julián Guerrero. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 30 y ss.

[47] La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha abordado la cuestión de esta modalidad de autoría mediata sin acoger plenamente la figura. Al respecto, véase Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de marzo de 2007, Radicado No. 23825, con ponencia del Doctor Javier Zapata Ortiz.

"3. A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido".

Como acertadamente lo afirma la doctrina:

"el hecho de que en el apartado 2 del mismo se limite la intención respecto de la conducta, mientras que para el resultado o consecuencia típica sea suficiente el conocimiento de su producción según «el curso normal de los acontecimientos» permite afirmar que el elemento de la intencionalidad abarca tanto el dolo directo como el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual"[48].

5.3.5. Otros actos de participación en el Derecho Penal Internacional

Vale la pena recordar que ya en el Estatuto de Roma hay una sistemática que tiene el acierto de delimitar conceptualmente la figura de la autoría de la participación[49], aunque en ciertas ocasiones, como la establecida en el artículo 25.3 d) pareciera que se confundieran conceptualmente de nuevo, y esto es explicable toda vez que el Estatuto de Roma tiene la calidad de tratado y por ello intenta hallar un consenso entre los distintos puntos de vista de varios sistemas jurídicos, lo que en ocasiones puede ocasionar problemas de interpretación.

En cuanto al término de "*cómplice*", fue utilizado de manera poco técnica en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, según ya se vio. Es más, de acuerdo a lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su quinto período de sesiones, del 5 de junio al 29 de julio de 1950, quienes elaboraron un documento denominado "*Los Principios de Nuremberg"*, consagraron en el Principio VII lo siguiente:

"La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye así mismo delito de derecho penal internacional"[50].

Es decir que se consideró a la complicidad como un delito autónomo, con lo cual se estaría contribuyendo a la eliminación de la distinción entre autores y partícipes, lo que más allá de tener una justificación de utilidad práctica en algunas legislaciones, es una forma antitécnica de aplicar reglas precisas y lógicas dentro de una teoría general de la intervención en conductas punibles. También se propugna por la teoría de que la complicidad sirve como una especie de "*delito marco*", pero que depende necesariamente de un hecho principal.

A nivel de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, ocurre una situación especial con el genocidio. En efecto, los artículos 4.3e) y 2.3e) respectivamente, consagran la complicidad en el genocidio como una infracción autónoma, inspirada en la Convención para la prevención y castigo del genocidio, negando la esencia misma del concepto de complicidad. En el Estatuto de Roma no se conservó la alusión a la complicidad en el genocidio como tipo autónomo.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional el numeral c) del artículo 25.3, establece que:

"De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte quien:

"(…)

"c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión".

Lo anterior reafirma el carácter accesorio de la complicidad en el derecho penal internacional, pues se necesita la comisión de una conducta principal de competencia de la Corte Penal Internacional, con independencia de la

[48] ANDRÉS DOMINGUEZ, Ana Cristina. *Derecho Penal Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp.144 y 145.

[49] La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ya había detectado la diferencia conceptual entre el coautor y el cómplice. En efecto, en el fallo de primera instancia en el caso de Anto Furundzija (IT-95-17), en el párrafo 216 se dispuso: "*dos categorías diferentes de responsabilidad ligada a la participación en un acto criminal se debía imponer en derecho internacional: los coautores (coperpetrators), quienes participan en una empresa criminal conjunta, de un lado, y los cómplices (aiders and abetters) por el otro.* Traducción libre del autor.

[50] WERLE, Gerhard, *ob, cit.,* p. 660.

declaratoria efectiva de la responsabilidad penal del autor principal. Puede existir la hipótesis en la cual cuando un autor que no puede ser penalmente declarado responsable, por ejemplo porque tiene menos de dieciocho (18) años, el cómplice no puede beneficiarse de esta situación: hay que declarar a este interviniente accesorio penalmente responsable a título de cómplice. Así mismo, puede haber complicidad en las conductas tentadas, es decir, aquellas que no se logran consumar por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, esto en el caso de los crímenes que exijan el resultado para su consumación.

5.3.6. Las formas de complicidad de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Roma

Para que emerja la figura de la complicidad, ésta se puede revestir de múltiples formas materiales. Es el denominado *actus reus*. En el contexto del Estatuto de Roma, se distinguen los siguientes actos:

5.3.6.1. Complicidad por instigación

Este concepto, completamente ajeno al derecho penal colombiano, está consagrado en el Estatuto de Roma. En efecto, el artículo 25.3 b) consagra como una modalidad de complicidad la instigación. Allí se dispone la responsabilidad penal (como cómplice) de *quien ordene (ordonne, orders), proponga (sollicite, solicits) o induzca (encourage, induces) la comisión de ese crimen.*

Aquí hay que poner en evidencia la interacción lingüística que supone la confluencia de varios idiomas, lo que puede conllevar en un momento dado a dificultades de interpretación al aplicar esta disposición, puesto que el significado de un término en un idioma no necesariamente coincide con el significado que se le otorgue en otro.

Más allá de las dificultades de idioma, la jurisprudencia penal internacional considera que la conducta de ordenar

> *"supone una relación de subordinación entre quien emite la orden y quien la recibe para ejecutarla. En otras palabras, la persona que ostenta una posición de autoridad la utiliza para convencer a otra persona de cometer una infracción penal. En ciertos ordenamientos jurídicos, como el que impera en Ruanda, el hecho de ordenar es una modalidad de complicidad consistente en dar instrucciones al autor material de la infracción. En lo que a la posición de autoridad se refiere, la Sala considera que puede ser de facto"*[51].

Posteriormente, la jurisprudencia internacional señala que

> *"no es necesario que la orden conste por escrito o revista otra forma; puede ser explícita o implícita. (…) La Sala considera que no es necesario que la orden haya sido dada por el superior jerárquico a la persona o las personas que cometieron materialmente el crimen. Además, lo que interesa es la intención criminal del superior jerárquico y no la del subordinado. En consecuencia, poco importa que la orden emitida revista o no un carácter manifiestamente ilegal"*[52].

A manera de ilustración, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal francés, el dar una orden constituye una de las modalidades de la provocación y configura, por ende, un caso de complicidad[53].

A su turno, *solicitar* significa el hecho de incitar de una manera apremiante y constante con el fin de lograr un determinado propósito, mientras que *inducir* significa instigar, persuadir, mover a alguien a que realice tal comportamiento. La inducción puede consistir en toda clase de asistencia, verbal o no, lo que implica una visión bastante amplia. La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia considera que la sola presencia física de un acusado que no ha tomado de forma directa una participación en el crimen es considerada como un acto de complicidad por provocación (a menos que esta persona repruebe la comisión de crímenes que se realizan en su presencia). En otras palabras, el cómplice debe saber y conocer que su presencia genera excitación en los autores materiales de las infracciones.

Finalmente, hay que recalcar el hecho de que los verbos utilizados en el artículo 25.3 b) del Estatuto de Roma

[51] ICTR-96-4. Caso Jean Paul Akayesu. Sentencia de septiembre de 1999, párrafo 483. Traducción libre del autor.

[52] IT-95-14, Sentencia de Primera Instancia del 3 de marzo de 2000, párrafos 281 y 282, caso Tihomir Blaskic. En el mismo sentido ver IT-98-34, sentencia de Primera Instancia del 31 de marzo de 2003, párrafo 61. caso Mladen Naletilic (Tuta) y Vinko Martinovic. Traducción libre del autor.

[53] En contra, AMBOS, Kai, que considera que quien ordena no es un mero cómplice sino un autor mediato que se sirve de un subordinado para cometer un delito. Instigar un delito significa, entre otras cosas, *ordenar*. Al respecto, véase AMBOS, Kai, *ob. cit*., pp. 26 y ss.

son alternativos, es decir que basta con que se configure uno de ellos para que la complicidad tenga entidad en la realidad jurídica.

5.3.6.2. Complicidad por facilitación o asistencia

El hecho de facilitar o prestar asistencia en la comisión de una infracción principal demuestra el carácter accesorio de la complicidad. El Estatuto de Roma distingue entre la inducción y la ayuda, teniendo en cuenta un antecedente jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que sostiene que *son dos conceptos jurídicos diferentes*[54], no obstante que la redacción de los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, artículos 7.1 y 6.1 respectivamente, parecieran asimilar esos conceptos[55]. Se insiste en que el hecho de *facilitar* ayuda a la comisión premeditada de un crimen. La expresión "*o colabore de algún otro modo"* contenido en el Estatuto de Roma denota que puede haber unos actos indeterminados pero determinables que puedan ingresar en estas hipótesis, en los casos que se ventilen ante la Corte Penal Internacional. Sin embargo, y nuevamente con el apoyo de los Tribunales Penales *ad hoc,* se pueden citar ejemplos que configuran ayuda o asistencia, sin que sean determinantes ni necesarias para la lesión o al menos puesta en peligro de un bien jurídico. Las ayudas pueden consistir en manifestaciones materiales (comportamientos físicos, expresiones verbales), o en manifestaciones de apoyo moral. Inclusive, conductas pasivas pueden ser catalogadas como ayudas cómplices bajo ciertos condicionamientos o configurar ayudas sin que el autor de la infracción tenga conocimiento de que le están facilitando su labor.

Ahora bien, sea cual fuere la modalidad de complicidad (por instigación, provocación, colaboración, etc.), es pertinente anotar que, con referencia al aspecto temporal, para que se configure la complicidad, la jurisprudencia penal internacional afirma que ésta puede *intervenir antes, durante o después de la comisión del acto principal*[56]. No obstante, debemos precisar que para que haya complicidad en una ayuda posterior a la comisión del hecho, debe existir al menos un acuerdo previo al mismo, pues de lo contrario se estaría configurando la noción de encubrimiento.

5.3.6.3. Problemática de la complicidad por omisión en Derecho Penal Internacional

La forma más común de un acto que constituye complicidad es que sea un despliegue positivo de energía, es decir exteriorizando un comportamiento determinado. Sin embargo, es perfectamente posible la configuración de la complicidad representada en una abstención, pero para que sea punible la complicidad por omisión deben reunirse una serie de condiciones.

Como lo habíamos mencionado, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales considera en ciertos casos que la sola presencia física de un acusado que no participa directamente de la comisión de una conducta punible que viola el DIH, es considerada como un acto de complicidad por provocación, ya que constituye un aliento para cometer dichas infracciones.

Dicha presencia debe tener un efecto sustancial y directo en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados. Además, debe tratarse de una persona que posee cierta autoridad, así sea *de facto*. *A contrario sensu* si una persona que no tiene autoridad, teniendo el rol de ser subordinado, ésta no puede ser considerada como cómplice por provocación de acuerdo a la jurisprudencia internacional[57].

Empero, hay que advertir que en algunas ocasiones esta presencia física en el lugar de los hechos no es necesaria *stricto sensu*[58]. Es muy importante precisar que el cómplice debe estar concernido en la comisión de dichos crímenes.

Ahora bien, dependiendo de las circunstancias, pueda que esa omisión cómplice pueda mutar en una verdadera autoría por comisión por omisión en las circunstancias que más adelante se expondrán al abordar la problemática del Superior Jerárquico.

---

54 ICTR-98-44, Sentencia de Primera Instancia del 1º de diciembre de 2003, párrafo 765, caso Juvenal Kajelijeli. Traducción libre del autor.

55 *"La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes (…), o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen".*

56 TP-95-14, Sentencia de Primera Instancia del 25 de junio de 1999, párrafo 62, caso Zlatko Alekovsky. Traducción libre del autor.

57 IT-95-17, Sentencia de Primera Instancia del 21 de julio de 2000, párrafo 207, caso Anto Furundzija. Véase también ICTR-95-1ª-T, Sentencia de Primera Instancia del 7 de junio de 2001, párrafo 34, caso Ignace Bagilishema.

58 En efecto, la jurisprudencia admite que se configura la figura de la complicidad, en el caso en que el acusado esté próximo al lugar de los hechos. Ver ICTR-95-1ª-T, Sentencia de Primera Instancia del 7 de junio de 2001, párrafos 33 a 36, caso Ignace Bagilishema.

5.3.6.4. El caso particular de la incitación al crimen de genocidio

El artículo 25.3e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé una disposición especial referente al crimen de genocidio. Una persona puede ser investigada, juzgada y sancionada en caso de una incitación pública y directa para la comisión de este grave crimen. Lo público debe apreciarse desde una dimensión de espacio y de expresión. En efecto, para que se tipifique este caso de incitación, debe producirse en un lugar de acceso público en donde pueda confluir un público en general, con el fin de dar un mayor impacto. En consecuencia, se excluyen los recintos privados o restringidos. Sin embargo, y de conformidad con los grandes avances de la tecnología de las telecomunicaciones, pueda que se envíen mensajes dentro de recintos privados pero que se reproduzcan en sitios públicos.

De otro lado, esta incitación puede consistir en manifestaciones verbales, escritas y hasta pictográficas. Así las cosas,

> *"la incitación pública se caracteriza por un llamado a cometer un crimen, (...) utilizando medios de comunicación, por ejemplo radio o televisión*[59].

En segundo lugar, esta incitación debe ser directa. El mensaje que se quiere transmitir debe ser suficientemente preciso, de manera que los receptores puedan comprenderlo. Se excluyen expresiones vagas o indirectas. La comprensión del mensaje debe tener como consecuencia orientar los espíritus, sobretodo los más débiles. En este caso "*se rompe con la dependencia del acto de complicidad abandonando el principio de accesoriedad*[60]. Este delito se configura con independencia de si se comete finalmente el genocidio.

5.3.7. El aspecto subjetivo de la complicidad (*mens rea*)

Desde el punto de vista subjetivo, varios juzgamientos emitidos por los tribunales penales internacionales consideraron que el cómplice no necesariamente debe compartir la intención criminal del autor. Para su punición, es suficiente el aporte o colaboración sin que esto signifique el compartir la empresa delictiva. En este orden de ideas, el cómplice debe tener la intención de contribuir por el medio que fuere a la comisión de una conducta punible. Sin embargo, en la práctica es difícil identificar un coautor de un cómplice en ciertos casos, razón por la cual es útil acudir a la teoría del dominio del hecho. En estas condiciones, un cómplice no domina el hecho; no tiene injerencia en decidir el sí, el cómo y el cuándo de la situación. Finalmente, hay que precisar que el cómplice no debe tener un conocimiento exhaustivo de los elementos que constituyen el tipo penal.

A manera de conclusión, se puede decir que las instituciones de autoría y participación tienen una dimensión especial en la dinámica evolutiva del derecho penal internacional. Esta especialidad consiste en la flexibilización que tienen dichas figuras con respecto a lo regulado por los derechos penales nacionales, lo que puede explicarse en el hecho de que durante la redacción de las disposiciones pertinentes en el Estatuto de Roma, se tuvo en cuenta el consenso que no significa otra cosa que la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, principalmente entre el *common law* y los sistemas románicos continentales, lo que se traduce en una complejidad que deberá resolverse.

[59] ICTR-96-4, Sentencia de Primera Instancia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 556, caso Jean Paul Akayesu.

[60] AMBOS, Kai, *ob, cit.,* p. 34.

5.3.8. Sinopsis de la autoría y participación en el derecho penal colombiano

Forma de Participación	Característica y Elementos
Autoría	• Artículo 29 inc 1° del C.P. • Realiza por sí mismo la conducta punible • No enajena la ejecución del hecho • Tenga el dominio del hecho
Autoría Mediata	• Artículo 29 inc 1° del C.P. • Se vale de otra persona que actúa como instrumento. • Quien utiliza al instrumento tiene el dominio total de la conducta punible • El instrumento tiene plena subordinación con el autor que lo utiliza para cometer la conducta punible • Se presenta únicamente en conductas punibles dolosas • No cabe la autoría mediata cuando se trata de delitos de *propia mano*, cuando el autor requiera una característica especial o un elemento subjetivo del tipo de carácter especial. • El instrumento debe realizar la totalidad de la conducta punible, de lo contrario habría otro tipo de participación diferente a la autoría mediata.
Coautoría	• Artículo 29 inc 2° del C.P. • Participación de varias personas • Con acuerdo común previo o simultáneo, expreso o tácito. • Todos contribuyen en la ejecución de la conducta punible. • Todos tienen el dominio del hecho el cual además es *funcional*. • Cada coautor responde por el hecho colectivo
Autoría Paralela	• Se trata de varias personas ejecutando un mismo hecho típico. • No existe acuerdo o plan previo para su ejecución. • No se asimila a la coautoría. • Puede presentarse cuando hay aprovechamiento del plan delictivo, para fines propios
Autoría en Estructuras Organizadas de Poder	• Debe existir una estructura organizada de poder en donde existan superiores y subalternos, es decir, piramidal. • Responde como autor el superior que da la orden • El subalterno que la ejecuta es considerado como un medio o instrumento para la consumación de la conducta punible. • Dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás. • El agente no tiene la intención de consumar el delito. • El agente podrá ser sustituido fácilmente dentro de la estructura organizada de poder. • Los subalternos deberán una obediencia debida a sus superiores.
Instigación	• Artículo 30 inc 2° del C.P. • Se determina a una persona para realizar una conducta punible concreta. • El instigador no tiene el dominio del hecho, pero provoca en el sujeto determinado la resolución de cometer la conducta punible determinada. • Debe existir un nexo entre la conducta ejecutada y la acción del instigador. • El inductor debe actuar bajo título de *dolo*. • Los actos ejecutados por el *instigador* deben necesariamente ocasionar la resolución de cometer la conducta punible en el agente. • El hecho delictivo debe consumarse o al menor, iniciarse su ejecución.
Complicidad	• Artículo 30 inc 3°. • Cooperación *dolosa* con otro sujeto. • No existe dominio del hecho por parte del cómplice • La actividad del cómplice puede ser previo, concomitante o posterior • Debe haber conexión entre el hecho principal y la acción del cómplice • El cómplice de actuar de forma *dolosa*

5.3.9. Ejercicios de la Unidad 2: Elementos de imputación en la autoría y participación. Instrumentos y jurisprudencia internacional relacionados con el tema

Responda las siguientes preguntas:

- ¿Qué diferencias encuentra usted entre la consagración de las diversas formas de intervención en las conductas punibles de genocidio, lesa humanidad e infracciones al DIH, entre el Código Penal colombiano y el Estatuto de Roma?
- ¿Qué diferencias existen entre la instigación al genocidio consagrado en el Estatuto de Roma y los delitos de instigación a delinquir y apología al genocidio consagrados en el Código Penal colombiano?
- ¿Qué diferencias existen entre la complicidad en el Estatuto de Roma, en los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia, y el Código Penal colombiano?
- ¿La autoría mediata al interior de estructuras organizadas excluye la responsabilidad penal del inferior al considerarse un instrumento del autor u hombre de atrás?

6. UNIDAD 3

Presupuestos de configuración de la responsabilidad penal del superior jerárquico. Responsabilidad por omisión y posición de garante. La obediencia debida y sus implicaciones. Concepto de acción y de omisión en las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad

6.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 3

Estudiar cada una de las modalidades del concepto de conducta punible (acción y omisión), los requisitos para que se configure la responsabilidad penal del superior civil y militar jerárquico por omisión en la vigilancia de la fuente de riesgo (subordinados), y por acción en la medida que emita una orden que conlleve la comisión de una conducta punible.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 3

- Estudiar los requisitos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) para estructurar la responsabilidad penal del superior jerárquico en el Estatuto de Roma.
- Determinar las diferencias entre la consagración de la conducta punible omisiva en el Estatuto de Roma y en el Código Penal colombiano.

El sistema internacional ha instituido y desarrollado la atribución de responsabilidad de los superiores en estructuras militares y civiles organizadas por cuenta de los delitos de derecho internacional cometidos por sus subordinados.

Los(as) dirigentes militares son personas que dentro de una organización militar tienen poder de mando (*command*) y su responsabilidad depende del grado de autoridad (*degree of authority*) que tiene este sobre los subordinados. Un superior militar puede ser aquel que está comandando una sección militar, un general, un coronel, comandante, comandante de un campamento para prisioneros de guerra[61], o un(a) superior comandando una tarea militar.

[61] Debe tenerse en cuenta que, en todo caso, no necesariamente debe tratarse de militares. Hay comandantes de campamentos para prisioneros de guerra que no son militares.

Por motivos históricos, el auge de la atribución de responsabilidad a los superiores se da inicialmente respecto de estructuras militares y para castigar la comisión de delitos de derecho internacional en la guerra, o *ius in bello.*

La conformación del Tribunal de Nuremberg, constituido para investigar y sancionar los actos cometidos por miembros de las estructuras militares del régimen de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial, da una clara imagen del interés internacional de las potencias aliadas de responsabilizar a dichos miembros por la comisión de delitos de trascendencia internacional.

Desde Nuremberg, y con la creación de más Tribunales *ad hoc*[62], comisiones para la investigación de crímenes y con la creación de la Corte Penal Internacional, se empezó a desarrollar la doctrina internacional de la *responsabilidad del superior* fundamentada en el análisis de los estatutos de los tribunales[63] y las sentencias proferidas por los mismos, y así mismo, la atribución de responsabilidad se extendió a las estructuras organizadas dirigidas por civiles.

Para que el (la) superior sea responsable de los actos de sus subordinados, este superior debe tener conocimiento de los hechos, y tal conocimiento se debe probar con evidencia directa[64]. Existen varias formas para probar el conocimiento del (de la) superior: primero, que este tenía conocimiento (por medio de documentos o testigos); segundo, que este debió haber sabido (que la evidencia sea notoria), o, por último, que el superior debió haber sabido (que fue notificado o evidencia que el comandante abandonó el cargo) (traducción e interpretación fuera del contexto)[65].

En términos generales, una persona en calidad de superior es responsable cuando conoció, o debió conocer, que sus subordinados cometieron o iban a cometer actos criminales. Dicha responsabilidad está construida sobre dos circunstancias: una, la omisión del superior en la sanción o prevención, según sea el caso, de las acciones de sus subordinados, y la otra, en la existencia de una relación de subordinación que constata la existencia del control *de facto* o *de iure* ejercida sobre el subordinado por parte del superior.

En cada uno de los estatutos de los tribunales penales internacionales se da una variación sobre los requerimientos del conocimiento del superior sobre los hechos (*mens rea*), sobre la omisión en el ejercicio del control actual o efectivo del superior sobre el subordinado o en el deber de prevención o sanción (*actus reus*), o sobre las condiciones bajo las cuales se constata la existencia del control *de facto* o *de iure*. Así mismo, existen diferentes posiciones doctrinales sobre las características de los elementos anteriormente mencionados y su consagración en los estatutos de los Tribunales Internacionales, en los convenios internacionales y más recientemente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A pesar de esto, se pueden identificar como elementos constitutivos de la doctrina de la responsabilidad del superior: a) la omisión por parte del superior (*actus reus*); b) conocimiento del superior (*mens rea*), y c) existencia de una relación de subordinación (control *de facto* o *de iure*).

6.3. ELEMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

a) *Actus Reus*

La responsabilidad del superior está fundamentada en la omisión en el ejercicio de su deber de prevención o de sanción. Algunos autores incluyen un tercer deber de supervisión o control sobre los subordinados que le permita al superior garantizar el cumplimiento de sus otros dos deberes.

Aunque inicialmente los estatutos no contemplaron la existencia de un deber de supervisión y su violación no constituiría en sí misma un delito, algunos autores lo

[62] Entre otros: ICTY (International criminal tribunal for de Former Yugoslavia), ICTR (International Criminal Tribunal for Rwanda), The Far Eastern Commission, International Military Tribunal Far East.

[63] Artículo 6 (3) del ICTR, artículo 7 ICTY, artículo 28 ICC.

[64] *Ibíd*, p. 193. Texto: "Yamashita claimed that he was unaware of them, since communications were bad and he was totally preoccupied in dealing with the conduct of the military campaign. The case is unsatisfactory in that, while there was some evidence that the accused knew of some war crimes, the prosecution case seems to have been based on imputed knowledge. In its judgment, the commission did not specially state basis for its finding…Later on the commission concluded: that ´during the period in question you failed to provide effective control of your troops as was required by the circumstances´. One is driven to the conclusion that the commission found as a matter of fact that, despite his protestations to the contrary, Yamashita did know of the atrocities".

[65] *Ibíd*, p. 195. Texto: "it follows from the above that there are various ways of proving the commander´s knowledge: a) that he actually knew (admission or documentary or witness evidence); or b) that he must have known (evidence of notoriety); or c) that he ought to have known (serious nature of offense plus evidence of a dereliction of duty on the part of the commander or of his being put on notice)".

incluyen dentro de los deberes que, de ser omitidos por el superior, justifican la atribución de responsabilidad[66].

- ***Fundamento de la omisión***

Como se mencionó anteriormente, el superior es penalmente responsable por los actos cometidos por sus subordinados, y dicha responsabilidad está fundamentada en la omisión en el ejercicio de sus deberes de supervisión, vigilancia o control, de sanción o de prevención.

Sin embargo, aunque la responsabilidad esté fundamentada en una omisión, el superior es responsabilizado por la comisión del delito del subordinado, es decir, su responsabilidad por la falla en la supervisión se extiende hasta los actos concretos de sus subordinados[67].

Se considera entonces que la omisión en el control guarda tan estrecha relación con el delito ejecutado por el subordinado que equivale a su comisión, por lo tanto debe existir una relación causal entre la omisión de control y la ocurrencia del crimen[68].

Como lo señala el art. 28, pár. 1 del Estatuto de Roma:

> *"El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar <u>será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte</u> 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"*[69].

Nótese entonces que se trataría de responsabilidad por omisión, en la medida en que al superior se le imputa la responsabilidad por el crimen cometido por su subalterno, fundamentada en la omisión de un deber que guarda una relación causal necesaria que deriva en la ocurrencia del delito y que equivale a su comisión directa, ya que de haberse cumplido el deber de control el delito hubiera sido evitado.

- ***Deber de prevención***

El deber de prevención le es exigible al superior cuando tiene: a) la competencia legal, y b) la posibilidad material[70] de prevenir la comisión de delitos por parte de sus subordinados.

Dicho deber de prevención podría estar constituido por las siguientes obligaciones del superior:

- Asegurarse el conocimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario por parte de los subalternos.
- Asegurarse de que se tengan en consideración las normas de Derecho Internacional Humanitario en el establecimiento y ejecución de operaciones.
- Asegurarse de la existencia de un sistema de reportes que le permita informarse sobre los incidentes que violen las normas de Derecho Internacional Humanitario.
- Monitorear el sistema de reportes y asegurarse de su efectividad.
- Tomar acciones correctivas cuando sea avisado de violaciones que ocurrieron o van a ocurrir[71].

El deber de prevención le es exigible al superior desde "*la preparación hasta la consumación del hecho delictivo*"[72], y aunque criterios como los anteriores sirven para garantizar el cumplimiento de su deber de prevención, es importante que el superior tenga en cuenta otros factores característicos de sus subordinados y así pueda desplegar mayores medidas de prevención.

En la medida en la que el superior tome las medidas necesarias y razonables[73] para evitar la comisión de delitos por parte de sus subalternos, habrá cumplido con las exigencias propias de su posición de superior y no será responsable en caso de que la comisión de acciones delictivas por parte de los individuos bajo su responsabilidad y comando.

---

66 Al respecto, AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 832.

67 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 834.

68 *Ibídem*, p. 833.

69 Cursiva y subrayado fuera del texto.

70 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 843.

71 *Ibídem*.

72 WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional.* Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, p. 233 y BANTEKAS, Ilias. "Contemporary law of superior responsibility", en *The American Journal of International Law*. Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999), pp. 573-595.

73 WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, p. 234.

- ***Deber de sanción***

El superior tiene el deber de sancionar y poner en conocimiento de las autoridades competentes aquellos subalternos que hayan cometido delitos. Así, este deber se predica sobre circunstancias que ya ocurrieron y el objetivo de la vigilancia de dicho deber es evitar que los delitos sean cometidos de nuevo.

Este deber de sanción no requiere la existencia de una relación de subordinación al momento de la comisión del crimen por parte del subalterno[74], por lo que un superior que tenga conocimiento sobre la comisión de crímenes cuando el subordinado se encontraba bajo el mando de otro superior, tiene el deber de adoptar las medidas sancionatorias correspondientes y poner el caso en conocimiento de las autoridades competentes.

El incumplimiento del deber de sanción constituye un fundamento para la atribución de responsabilidad del superior, ya que se ha considerado que la tolerancia de la conducta criminal evidenciada con el incumplimiento del deber de sanción es equivalente a la aquiescencia[75], aspecto que debe ser valorado cuidadosamente con el fin de no aplicar un dolo retroactivo.

El Estatuto de Roma consagra en el artículo 28, pár. 2, literal c:

> *"No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".*

Entonces, en este caso el fundamento de la responsabilidad del superior será el no iniciar la investigación "para depurar las responsabilidades y castigar al autor"[76]. Es importante señalar que la violación del deber de sanción es independiente a la violación del deber de prevención, por lo tanto, aunque el superior sancione las acciones de los subalternos continuará siendo penalmente responsable por las violaciones a su deber de prevención cuando haya lugar.

- ***Deber de control y control efectivo como exigencia para la atribución de responsabilidad***

En la medida en que el derecho internacional no sólo estaría interesado en la investigación y sanción de los crímenes cometidos, sino también en evitar su comisión[77], aparecería un deber adicional para el superior, consistente en tomar las medidas que considere necesarias para controlar el comportamiento y las acciones ejecutadas por sus subalternos para poder evitar la comisión de crímenes.

El deber de control se deriva de la existencia del requerimiento de un control efectivo por parte del superior para fundamentar la responsabilidad. Por lo tanto, en la medida en que la comisión del delito hace penalmente responsable al superior solo cuando este ejerce un control efectivo, la existencia de ese deber de control se encuentra implícita en este requisito para la atribución de responsabilidad.

Este requisito para que la omisión del superior sea penalmente relevante, se consagra para los jefes militares en el art. 28, pár. 1, y se fundamenta en el concepto de "mando y control" y "autoridad y control":

> *"El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su <u>mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo</u>, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas"*[78].

Y se señala para los superiores civiles en el art. 28, num. 2, fundamentado en el concepto de "autoridad y control":

> *"En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren*

[74] BANTEKAS, Ilias, "Contemporary law of superior responsibility", en *The American Journal of International Law*. Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999), pp. 573-595.

[75] *Ibídem*, p. 592, refiriéndose a las sentencia del caso High Command y el Hostage Case.

[76] WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, p. 234.

[77] BANTEKAS, Ilias. "Contemporary law of superior responsibility", en *The American Journal of International Law*. Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999), pp. 573-595.

[78] Cursivas y subrayas fuera del texto.

sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados"[79].

Así, el comandante debe ejercer o el mando o la autoridad en el ejercicio del control efectivo en el momento de la comisión del delito por parte del subordinado para ser penalmente responsable, mientras que en el caso de superiores civiles, solo puede fundamentarse responsabilidad en el ejercicio de la autoridad, por la evidente ausencia de poder de mando en organizaciones no militares.

Para hacer más clara la distinción entre una y otra, y siguiendo a Kai Ambos:

> *"Mientras el control de mando se refiere en sentido material a una orden o instrucción militar fundamentada en la intimidación, la autoridad es de contenido formal y se refiere al derecho o autorización de actuar legalmente"*[80].

b) *Mens Rea*

El elemento de la doctrina de responsabilidad que mayores discrepancias doctrinales ha provocado es el referido al conocimiento que debía tener el superior sobre la comisión de los delitos.

La consagración del requisito sobre el conocimiento en los estatutos de los diferentes tribunales penales internacionales es divergente, así como el análisis y clasificación que se hace de los mismos por parte de los autores de textos en materia penal internacional.

Pareciera que la adopción de uno u otro estándar de conocimiento para la atribución de responsabilidad marcaran la diferencia entre la violación o el respeto al principio de responsabilidad en el derecho internacional.

En la medida en que los Tribunales Internacionales solo pueden hacer responsables a los individuos por conductas que les son atribuibles en razón de su conocimiento y voluntad, determinar cuál es el nivel de conocimiento que se le exige al superior es definitivo para proteger el principio en mención.

Como se mencionó anteriormente, la omisión del superior en el ejercicio de sus deberes equivale a la comisión de los mismos; lo que se sanciona es el delito en sí, y no la sola violación del deber.

Así, la doctrina del superior respetaría el principio de responsabilidad del individuo, en la medida en que el delito es el resultado de una conducta, en este caso omisiva, del individuo a quien se le hace responsable.

La discusión se centra en cuál es el nivel o estándar de conocimiento que se puede y se debe exigir a un individuo sobre las acciones que otro individuo cometió o se encuentra a punto de cometer. Es claro que la exigencia del conocimiento se fundamenta en los deberes de control, prevención y sanción que en virtud de su posición de *superioridad jerárquica* le son propios al superior; la inquietud se genera cuando las circunstancias impiden o dificultan el correcto ejercicio de dichos deberes, lo que deriva en la ejecución de acciones delictivas y que así mismo lo convierte en penalmente responsable.

- ***Conocimiento actual***

El conocimiento positivo o actual hace responsable al superior en la medida en que éste conoce que el delito se cometió o que va a ser cometido. La verificación de dicho conocimiento se debe probar por medio de evidencias directas o circunstanciales[81] y nunca debe presumirse, ya que el estándar de presunción de conocimiento está completamente revaluado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina internacional.

El estatuto de Roma en el art. 30 describe el conocimiento como

> *"la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos".*

Según la sentencia del caso Celebici, el conocimiento también es imputable como "*actual*" cuando el superior tiene en su poder información que pudo por lo menos indicarle sobre el riesgo de la comisión de los delitos y que le daba indicios que con una investigación adicional le permitiría conocer dónde se cometieron o

[79] Cursivas y subrayas fuera del texto.

[80] Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law,* p. 839.

[81] BANTEKAS, Ilias. "Contemporary law of superior responsibility", en *The American Journal of International Law*. Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999), pp. 573-595.

dónde se iban a cometer los crímenes por parte de sus subordinados[82].

- ***"Debió haber conocido"***

El superior es responsable cuando, aun no teniendo conocimiento actual, tiene información relevante suficiente que le permite concluir que sus subalternos cometieron o van a cometer conductas delictivas[83]. Si el superior ignora negligentemente la información, no sólo está violando su deber de prevención sino que además está omitiendo el ejercicio de acciones que permitan hacer dicha prevención efectiva, lo cual tiene como consecuencia la comisión del delito y por lo tanto es penalmente responsable.

Dentro de este estándar de conocimiento se encuentra el denominado "*conocimiento constructivo*"[84], consistente en un deber del superior de realizar ciertas deducciones lógicas que en virtud de la información que conoce le permitan concluir la existencia de un riesgo de comisión de crímenes por parte de sus subordinados.

- ***El superior "conscientemente desatendió información que claramente indicaba…"***

Este estándar de conocimiento implementado por el estatuto de Roma[85] en su artículo 28, pár. 2, literal a), señala que será responsable el superior que:

> *"Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"*[86].

Así, el superior que intencionalmente se priva de la información que le permite conocer sobre la intención de sus subordinados de cometer el delito, es penalmente responsable por ponerse a sí mismo en una situación de desconocimiento y hacerlo de manera intencional.

Según se adopte uno u otro estándar de conocimiento se amplía o reduce el ámbito bajo el cual se puede hacer responsable a un superior. En el caso del conocimiento actual, la omisión del superior es completamente dolosa y contiene los elementos de conocimiento y voluntad, pero en el caso en el que el superior "*debió haber conocido*" el espectro de atribución de responsabilidad es mayor, porque para algunos involucra el dolo eventual e incluso la culpa grave[87].

c) Relación de subordinación

El último elemento de la doctrina de la responsabilidad del superior es la existencia de una relación de subordinación entre el superior y el subordinado. El poder de mando del superior respecto del subordinado se ha entendido por la doctrina de la siguiente manera:

> *"El poder de mando consiste en tener la facultad efectiva, bien como competencia propia, bien como consecuencia de una posición fáctica, de influir mediante órdenes en la conducta del subordinado. Los superiores civiles son aquellos que tienen una posición equiparable para partidos o sindicatos, empresas (…). Según el art. 28 del Estatuto de la CPI, la responsabilidad penal del superior civil se excluye en todo caso cuando el inferior comete el crimen fuera de su horario o ámbito de trabajo; se trata de una delimitación que se puede desprender de la relación superior-subordinado"*[88].

Dicha relación está fundamentada en la existencia de una conexión legal entre la posición de autoridad del superior y la responsabilidad del mismo por los crímenes perpetrados por sus subordinados[89].

Al verificarse la existencia de dicha relación legal, la responsabilidad del superior se puede consolidar cuando se identifica el poder *de iure* o *de facto* que fundamenta la responsabilidad del superior respecto del ejercicio de

82 Ver Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Trial Chamber II quarter, Juicio del 16 de noviembre de 1998. Párrafo disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm

83 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, pp. 834-847.

84 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 849. Al contrario ver BANTEKAS, Ilias. "Contemporary law of superior responsibility", en *The American Journal of International Law*. Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999), pp. 573-595, quien lo clasifica dentro del conocimiento actual o positivo.

85 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 852.

86 Cursivas y subrayas fuera del texto original.

87 Al respecto AMBOS, Kai. "Superior Responsibility", en *General Principles of International Criminal Law*, p. 847.

88 WERLE, Gerhard. Colaboradores: Florián Jessberger, Wulf Burchards, Barbara Lüders, Stephan Meseke, Volker Nerlich. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2005.

89 HENDERSON, Loki. "Superior Responsibility", International War Crimes Project Rwanda Genocide Prosecution, Memorandum for the Prosecutor.

los deberes que al ser omitidos le hacen penalmente responsable por los actos ejecutados por individuos bajo su control.

Es importante señalar que la relación legal a la que se hace referencia es el fundamento del mando o autoridad del superior, según sea el caso, y esa relación legal es constatable con la existencia de una relación de superioridad jerárquica *de iure*, o de una superioridad jerárquica *de facto*.

- ***Relación de superioridad jerárquica de iure***

La relación de superioridad jerárquica *de iure* o *de derecho* se asume por medio de la delegación de la autoridad competente *"por medio de estructuras ejecutivas formales como por ejemplo las entidades e instituciones estatales"*[90].

La relación *de iure* permite conocer el rol del superior dentro de la estructura institucional y conocer cuáles son los deberes que le competen, quiénes son los individuos a su cargo, bajo qué circunstancias ejerce el control y cuáles son los contenidos de las órdenes que le permiten ejercer dicho control.

Entonces, con establecer la relación de superioridad jerárquica es posible identificar los anteriores elementos que conllevan a la posible atribución de responsabilidad, pero en sí misma la relación de superioridad jerárquica *de iure* no es prueba de la existencia de un control efectivo y actual por parte del superior hacia sus subordinados, y por tanto no es fundamento por sí sola de la responsabilidad del superior.

- ***Relación de superioridad jerárquica de facto***

A diferencia de la relación *de iure*, la relación *de facto* se verifica por medio del ejercicio del mando o autoridad, exista o no una disposición legal que establezca un vínculo entre el superior y el subalterno.

La relación de superioridad se refiere en este caso a la capacidad y poder del superior de hacer cumplir sus órdenes por medio de respeto, intimidación u otras circunstancias que permitan verificar el ejercicio de control, fundamentado en el mando o en la autoridad efectiva y actual.

De existir dicha relación, la posición que asume el superior respecto del subalterno es la misma que se deriva de la relación *de iure*, por lo cual los deberes que asume y la responsabilidad que le es atribuible por el incumplimiento de estos es la misma.

Los presupuestos descritos han sido abordados por los tribunales penales internacionales. En el caso del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y Ruanda se destacan los siguientes: Celebici, Aleksovski, Blaskic, Kunarac, Kordic y Cerkec. Los casos de la ICTR como los de Akayesu, Kambanda y Kayishema.

El caso más destacado en materia de responsabilidad del (de la) superior jerárquico, y primer caso de responsabilidad por omisión, es el del general del ejército japonés Yomoyuki Yamashita, que es a su vez el primer caso en el que se menciona dicha clase de responsabilidad a través de la importante jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana que en seguida se revisa.

Los hechos que desencadenaron en la mentada decisión se circunscriben al año de 1944, fecha en la que las fuerzas japonesas torturaron, asesinaron y violaron a un número aproximado de 700.000 habitantes dentro de lo que se conoció como *"Rape of Manila"* (hecho que le mereció el apodo de *"The Tiger of Manila"* [El Tigre de Manila] al general Yamashita). Debe tenerse en consideración que para el momento en que acaecieron los hechos, Yamashita se encontraba a más de 100 millas de distancia de Manila, en Baguio, razón por la cual dentro del proceso seguido en su contra fue su principal defensa el argumento de la ausencia de conocimiento frente a las atrocidades que se estaban cometiendo por sus subordinados derivada de la comunicación interrumpida.

En 1945 Yamashita fue detenido por las fuerzas armadas de Estados Unidos bajo el cargo de faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, con lo que se habría permitido la comisión de atrocidades por parte de quienes eran sus subordinados.

El juicio se llevó ante la comisión militar de los Estados Unidos y Yamashita fue sentenciado a la pena de muerte. El general Yamashita apeló ante la Corte Suprema de Filipinas, declarándose ésta incompetente, y por consiguiente negándole su protección diplomática internacional bajo

[90] HENDERSON, Loki. "Superior Responsibility", International War Crimes Project Rwanda Genocide Prosecution, Memorandum for the Prosecutor.

el argumento de su ausencia de capacidad para interferir con los actos del ejército de los Estados Unidos.

La Corte Suprema Norteamericana, en consecuencia, aceptó el recurso interpuesto, decidiendo en Segunda Instancia la confirmación integral de la decisión anterior, siendo juzgado Yamashita por los crímenes cometidos calificados como violación a las leyes de la guerra.

Las argumentaciones expuestas y que dieron sustento a la pena impuesta y ausencia de consideración de la defensa de Yamashita, fundada en la ausencia de conocimiento, consistieron en la doctrina de *responsabilidad del superior jerárquico* en los siguientes términos:

> *"Las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos… [y]…puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas… en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados"*[91].

El juez Murphy de la Corte Suprema de Justicia norteamericana estableció que a Yamashita se le juzgaba precisamente por su ignorancia frente a los hechos cometidos, ignorancia que claramente creaba riesgos para la comunidad, y que por ende no debían ser reconocidos dentro del marco del derecho internacional:

> *"Los crímenes fueron tan amplios y generalizados, tanto en cuanto a tiempo como en el área, que deben haber sido intencionalmente permitidos (…) u ordenados en secreto por Yamashita (…). Y en cuanto a los crímenes en sí mismos considerados, la completa ignorancia que se presentó fue mantenida firmemente por Yamashita"*[92].

En cuanto al juez Stone, fue bastante ilustrativa su intervención ante la presentación que hizo de los principios de la responsabilidad del superior. Así manifestó:

> *"(…) resulta evidente que la conducta de las tropas durante las operaciones militares cuyos excesos se presentan sin restricción por parte de las órdenes o esfuerzos de los comandantes siempre resultarán en violaciones que es el propósito de la ley de guerra prevenir. El propósito de proteger a las poblaciones civiles y los prisioneros de guerra será brutalmente derrotado en la medida que el comandante de un ejército invasor con impunidad, deje de adoptar las medidas razonables para su protección. Por lo tanto el derecho de la guerra presupone que dichas violaciones deben evitarse a través del control de las operaciones de guerra por parte de los comandantes, a quienes en cierta medida les es extensiva la responsabilidad de sus subordinados"*[93].

De esta forma la responsabilidad de Yamashita por los hechos cometidos por las tropas del ejército japonés bajo su mando no se derivó simplemente de su calidad de *superior* respecto del mismo, sino por haber fallado en su deber de control efectivo de las tropas como comandante de las mismas, o en todo caso por ni siquiera haber intentado controlarlos o al menos intentado descubrir lo que sus tropas estaban realizando:

> *"que una serie de atrocidades y otros crímenes importantes se han cometido por miembros de las fuerzas armadas japonesas bajo el comando de Yamashita (…) que las mismas no fueron esporádicas en su naturaleza, pero que en muchos casos fueron metódicamente supervisadas por los oficiales japoneses y oficiales no comisionados; (2) Que (…) Yamashita falló en proveer efectivo control de sus tropas como*

[91] AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karayán y Oscar Julián Guerrero. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

[92] Traducción nuestra. Texto original: *"the crimes were so extensive and widespread, both as to time and area, that they must either have been willfully permitted…or secretly ordered by [Yamashita]…As to the crimes themselves, complete ignorance that they occurred was stoutly maintained by [Yamashita]…".*

[93] Traducción nuestra. Tomado de LUBKIN, Gregory P. "Special Study on Command Responsibility for Failure to Act". Submitted to The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Harvard Law School. Massachusetts, USA. July 15, 1994. Texto Original: *"It is evident that the conduct of military operations by troops whose excesses are unrestrained by the orders or efforts of their commander would almost certainly result in violations which it is the purpose of the law of war to prevent. Its purpose to protect civilian populations and prisoners of war from brutally would largely be defeated if the commander of an invading army could with impunity neglect to take reasonable measures for their protection. Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates".*

lo requerían las circunstancias concretas. (…) cuando no hubo un efectivo intento por el comandante de descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante debe ser declarado responsable, incluso penalmente responsable por los actos ilegales de sus tropas dependiendo de su naturaleza y de las circunstancias que rodearon los hechos"[94].

Más adelante se dijo:

"la esencia del cargo es entonces el rompimiento ilegal de deber del peticionario como comandante de las fuerzas armadas para controlar las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer las amplias y generalizadas atrocidades especificadas"[95].

De forma que la Corte Suprema de los Estados Unidos hace responsable a Yamashita por haber "*permitido*" cometer las conductas delictivas, por no actuar para impedir estas atrocidades, resultando así en la violación a la Ley de la Guerra por omisión:

"Evidentemente, el asignar una tropa a un comandante militar viene acompañado de una amplia autoridad y fuerte responsabilidad (…) esto es, con el propósito de mantener la disciplina y control, sobre otras razones, que a los comandantes militares se les dota de poderes de administración de la justicia militar"[96].

En conclusión, con respecto al general Yamashita, se estableció:

"Toda vez que el deber recae en el comandante para proteger por cualquier medio tanto a la población civil como a los prisioneros de Guerra frente a actos ilegales de su comando, y, toda vez que el incumplimiento de ese deber constituye una violación del derecho de la Guerra, no existe razón, no en la ley ni en la moral, por la cual no deba resultar penalmente responsable por permitir tales violaciones de sus subordinados, a pesar de que la acción, rara vez o nunca se haya llevado a cabo, sin duda una cuestión tan importante como la masacre de 8.000 personas por los japoneses (en Manila, por ejemplo) debió haberse reportado"[97].

Todo lo anterior culminó en la condena a muerte del General Yamashita, importante precedente en el desarrollo de la *responsabilidad del superior jerárquico*, especialmente en la responsabilidad por omisión, aspecto que se analiza, líneas adelante, previo a lo cual es necesario absolver las siguientes preguntas.

Ejercicio Nº 1

Con ocasión de lo anteriormente expuesto, responda por favor las siguientes preguntas

1. ¿Puede considerarse el caso Yamashita un evento de presunción de responsabilidad o de responsabilidad objetiva?
2. ¿El superior debe responder por todas las conductas que lleven a cabo sus inferiores jerárquicos?
3. ¿Es posible, a partir de la negligencia del superior jerárquico, derivar una responsabilidad por un crimen de lesa humanidad que cometan los subordinados?

[94] *Ibíd*. Texto: *"(1) that a series of atrocities and other high crimes have been committed by members of the Japanese armed forces under command of [Yamashita]…´that they were not sporadic in nature, but in many cases were methodically supervised by Japanese officers and noncommissioned officers´; (2) that… [Yamashita] ´failed to provide effective control of (his) troops, as was required by the circumstances. Where murder and rape and vicious, revengeful actions were widespread offenses, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them.´"*

[95] JIA, Bing Bing. "Yearbook of International Humanitarian Law; The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems". Volume 3, pp. 131-165. Año 2001. Copyright B.B.Jia. Texto: *"…the gist of the charge is an unlawful breach of duty by petitioner as an army commander to control the operations of the members of his command by ´permitting the to commit´ the extensive and widespread atrocities specified".*

[96] JIA, Bing Bing. "Yearbook of International Humanitarian Law; The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems". Texto: *"Clearly, assignment to command military troops is accompanied by broad authority and heavy responsibility…It is for the purpose of maintaining discipline and control, among other reasons, that military commander are given bread powers of administering military justice".*

[97] LUBKIN, Gregory P. "Special Study on Command Responsibility for Failure to Act". Submitted to The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. July 15, 1995. Texto: "*Since the duty rests on the commander to protect by every means in his power both the civilian population and prisoners of war from wrongful acts of his command, and since the failure to discharge that duty is a violation of the Law of War, there is no reason, either in law or morality, why he should not be held criminally responsible for permitting such violations by his subordinates, even though that action has heretofore seldom or never taken…Surely a matter so important as the massacre of 8,000 people by the Japanese [in Manila, for example] must necessarily have been reported".*

6.4. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE

6.4.1. Acción, omisión y posición de garante[98]

Una conducta penalmente relevante puede ser cometida por acción o por omisión. Existen varias formas de diferenciación de estos dos tipos de conductas. Respecto a la primera, de acuerdo con Gimbernat[99], existe una aplicación de energía, mientras que la conducta omisiva carece de la misma. Otro concepto diferenciador está dado por las normas que son infringidas en cada caso. En relación con la acción, se hace referencia a una norma prohibitiva, mientras que en la omisión se habla de normas imperativas o preceptivas. Con la primera se realiza una acción prohibida por una norma, y con la segunda se omite la realización de un mandato. Así mismo, cabe aclarar que si bien en ambos casos puede existir causalidad entre la conducta realizada u omitida y el resultado, lo normal es que en el caso de la omisión, esta causalidad no esté presente. Es decir que en los casos de omisión, no siempre la conducta omitida va a ser la causa del resultado, mas sí la que genere la responsabilidad penal.

En el clásico ejemplo de la madre que omite alimentar a su bebé, la muerte del bebé no se produce por la omisión de la madre sino por otros factores; sin embargo la madre debe responder penalmente por su omisión cuando, teniendo la capacidad de actuar, no impide que se produzca el resultado (la muerte del bebé). De este ejemplo se concluye, no sólo la ausencia de necesidad de una relación de causalidad entre la conducta omisiva y el resultado, sino el hecho de que para que se pueda endilgar responsabilidad penal por omisión, se requiere que el sujeto activo de la conducta tenga la capacidad de actuar en un sentido que evite la producción del resultado; es necesaria, entonces, la capacidad de acción.

Para este estudio es de vital importancia el tema de la omisión, pues es en esta se basa la responsabilidad del superior que se analizará más adelante. Por eso, la exposición a continuación se centrará primero en este tema a manera introductiva para proceder luego a explicar la teoría de la responsabilidad del superior.

En relación con la omisión, debe recordarse que hay dos tipos de conductas omisivas: la omisión propia y la omisión impropia o comisión por omisión. Su diferenciación es importante, pues permitirá establecer cuándo determinada conducta trae como consecuencia responsabilidad penal y cuándo no.

La omisión propia, a diferencia de la impropia, se encuentra consagrada expresamente en el tipo penal, como ocurre en los casos de la omisión de socorro (C.P. colombiano, art. 131) o el prevaricato por omisión (C.P., art. 414), entre otros.

En el caso de la omisión impropia, al no estar expresamente consagrada en el tipo penal, es necesario inferirla en algunos tipos penales, acudiendo a una norma de la parte general del Código Penal que consagre de manera general la omisión. Aquellos tipos penales de los que se puede inferir la omisión impropia son tipos penales de resultado, pues, contrario a lo que ocurre con la omisión propia, la comisión por omisión se predica no de los tipos penales de mera conducta, sino de aquellos de resultado. Los tipos penales de omisión de socorro o de omisión de denuncia de particular (C.P., art. 441) son de simple conducta, a diferencia de un homicidio, por ejemplo, que es de resultado, y del cual se predica la comisión por omisión y no una omisión impropia. Como consecuencia de esto, puede decirse que otro criterio diferenciador es el tema de la tentativa. Por su estructura, los tipos penales de mera conducta por lo general no admiten la tentativa. Por ende, las omisiones propias tampoco la admitirán, a diferencia de las omisiones impropias, que al referirse a tipos penales de resultado no encuentran impedimento con este dispositivo amplificador del tipo. Otra característica distintiva entre los delitos de omisión propia y aquellos de omisión impropia es el elemento subjetivo. En los delitos de omisión propia no cabe la modalidad culposa, únicamente la dolosa para su comisión. Así, no es posible una omisión de socorro culposa, a diferencia de lo que ocurre con un homicidio por omisión que puede ser doloso o culposo. En otras palabras, la comisión por omisión admite tanto la culpa como el dolo.

Finalmente, existe una diferencia básica entre los dos tipos de omisiones en cuanto al sujeto activo de la conducta. Cuando se habla de un delito de omisión propia, el sujeto activo puede ser indeterminado o cualificado, como en el caso de la omisión de socorro o del prevaricato por omisión, respectivamente. A su vez, los delitos de omisión impropia requieren un sujeto activo cualificado. Este sujeto es conocido como garante.

[98] FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal.* Bogotá: Legis, 2002.

[99] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos, 1999.

La determinación de este sujeto es esencial para establecer la responsabilidad penal en un delito de omisión impropia. El garante es el

> *"sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si él mismo lo hubiera causado…"*[100].

Ahora bien, se debe aclarar que la posición de garante no debe analizarse en abstracto sino en cada caso en concreto, en los que, para establecer que existe esta posición, es necesaria la verificación de la creación o aumento de un riesgo y la existencia de una situación de dependencia personal, lo que implica que no se es garante *per se* de todo lo que le ocurra en cualquier momento, lugar o circunstancia al bien jurídico protegido, sino que para determinar si en una situación en concreto un sujeto ostenta tal calidad, se debe acudir a las fuentes de dicha posición de garante. De acuerdo con el artículo 25 del Código Penal colombiano (C.P.), las situaciones que constituyen una posición de garante son la asunción voluntaria de la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, la comunidad de vida, la comunidad de riesgo y la injerencia.

En la primera fuente la persona asume de manera voluntaria la posición de garante en relación con un bien jurídico específico, creando así, como lo ha establecido Mir Puig, una situación de dependencia entre el sujeto u objeto protegido y quien ha asumido la posición de garante. Cuando se asume voluntariamente la protección de una fuente de riesgo existe el deber, para quien asumió esa protección, de vigilar dicha fuente. En caso de que a falta de dicha vigilancia se ocasionen resultados lesivos, quien asumió voluntariamente la vigilancia de la fuente de riesgo pasa a ser garante de la misma y responde por su omisión.

La segunda fuente hace referencia a la posición de garante que surge cuando existe una estrecha comunidad de vida, la cual tiene como fundamento formas de vida social como las relaciones entre padres e hijos, esposos o compañeros permanentes de diferente o del mismo sexo.

La comunidad de riesgo es la tercera situación de la que se deriva la posición de garante. Bajo ésta surge la posición de garante al existir un acuerdo previo entre varias personas para realizar conjuntamente una actividad riesgosa. Dichas personas emprenden y realizan la actividad riesgosa, pues existe la confianza de que entre todos se apoyarán y auxiliarán en el desarrollo de la misma. Tal es el caso, por ejemplo, de una expedición para escalar el Monte Everest. Por último, trae el artículo 25 del C.P. la injerencia como fuente de la posición de garante. Esta hace referencia a la realización de un comportamiento que crea un riesgo de lesión para un bien jurídico; dicho comportamiento es anterior a la creación del riesgo y al resultado. En virtud de la creación del riesgo, el sujeto que lo crea adquiere la calidad de garante del bien jurídico que puede verse lesionado y, por ende, recae sobre él la obligación de evitar que el peligro creado se materialice en una lesión. En caso de que se omita esta obligación y se genere el resultado de lesión del bien jurídico protegido, el garante será penalmente responsable por el resultado, de igual forma a que si lo hubiere cometido él mismo.

Para que la conducta riesgosa precedente sea verdaderamente fuente de la posición de garante, se requiere además que el riesgo sea conocido o cognoscible por el sujeto que lo crea, y que el riesgo sea típicamente relevante. Si el sujeto debe conocer del peligro de su conducta con anterioridad a realizarla, el funcionario judicial encargado de analizar dicha conducta debe hacer un juicio *ex ante* sobre el riesgo de la misma, y sobre el conocimiento real o la posibilidad que tenía el sujeto de conocer la peligrosidad de su conducta. Por otro lado, el hecho de que se requiera que el riesgo sea típicamente relevante, implica que no se está hablando de un riesgo jurídicamente permitido.

En cuanto al elemento subjetivo, el artículo 25 del Código Penal no especifica si la conducta riesgosa precedente debe realizarse con dolo o con culpa. Al hacer referencia dicho artículo a la consecuencia del incumplimiento del garante (de su deber de evitar la materialización del peligro), establece que el individuo que ostenta la posición de garante *"quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal"*. Como puede verse, dicha disposición no trae distinción alguna ni al referirse a la injerencia ni a la norma penal. Por ende, se entiende que la conducta peligrosa puede ser cometida tanto dolosa como culposamente.

[100] FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal.* Bogotá: Legis, 2002, p. 55.

En conclusión, cuando se habla de posición de garante, se está haciendo referencia a una conducta omisiva impropia, que tiene al garante como sujeto activo cualificado. En virtud de esa posición de garante, el sujeto responderá penalmente en los casos en que a pesar de no haber causado el resultado, incumple el deber jurídico de impedirlo al no desplegar la actividad posible y necesaria en cumplimiento de su deber.

Esta omisión puede ser cometida con dolo o con culpa. El dolo, en los delitos de omisión impropia, supone los elementos de conocimiento y de intención: conocimiento respecto a su posición de garante y a la situación típica, e intención respecto a omitir la acción debida. Por su parte, la culpa hace referencia a la "*infracción al deber objetivo de cuidado*"[101], que en los delitos de omisión impropia se traduce en la no toma, imprudente o negligente, de las medidas necesarias para evitar que se produzca la lesión al bien jurídico protegido.

Antes de proceder a analizar la teoría de la responsabilidad del superior, debe aclararse que un delito de omisión no es lo mismo que un delito culposo. En los delitos de omisión se habla de la no realización de la conducta debida, y en la culpa se habla de la *"desatención del cuidado debido en actividades que implican un determinado riesgo"*[102].

6.4.2. La omisión y la posición de garante en el marco de la teoría de la responsabilidad del superior

Como se mencionó anteriormente, la *responsabilidad del superior jerárquico* se basa en una teoría aceptada nacional e internacionalmente, la teoría de la *responsabilidad del superior*. En virtud de esta, el superior jerárquico (sea este militar o civil) responderá por los crímenes cometidos por las tropas bajo su control efectivo, cuando éste sabía o, en razón de las circunstancias del momento, debía haber sabido, o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que lo llevara a conocer de la comisión de dichos crímenes, y a pesar de esto no tomó las medidas que, estando a su alcance, eran necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de los mismos o para denunciar la situación ante las autoridades competentes[103].

Teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) consagra esta teoría, y que Colombia es Estado parte de este Estatuto, el cual entró a regir para nuestro país a partir del 1º de noviembre de 2002, se abordará la explicación de la responsabilidad del superior en caso de omisión a partir de la consagración que trae dicho instrumento internacional.

El artículo 28 del ER consagra la responsabilidad del superior sea este militar o civil y sean estos *de iure* o *de facto.* Se expondrá primero esta responsabilidad y sus elementos a la luz de la responsabilidad penal del superior militar; posteriormente, a partir de dicha explicación, se analizarán los matices propios de este tipo de responsabilidad cuando se trata de un superior civil.

6.4.3. Responsabilidad del superior militar

De acuerdo con lo expresado en la primera parte de esta unidad y de la lectura del artículo 28 del ER (en su numeral 1 que hace referencia al superior militar), se pueden extraer los siguientes aspectos relacionados con la responsabilidad del superior:

- Jefe militar *de iure* o *de facto.*
- Mando y control efectivo.
- No ejercer un control apropiado.
- Conocimiento real o debido (elemento subjetivo).
- No tomar las medidas necesarias y razonables al alcance del superior para reprimir o suprimir la comisión de los crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes.

Estos ítems fueron explicados en la primera parte de esta unidad, sin embargo se hará énfasis en los siguientes tres aspectos: relación superior-subordinado; conocimiento real o debido, falla en la toma de medidas necesarias y razonables al alcance del superior, dado que para declarar con la responsabilidad del superior por omisión en el caso de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH se requiere que estén presentes los tres[104], no uno o dos. Por ello se explicará cada uno de los ítems mencionados:

a) Relación superior-subordinado

El primer elemento se refiere a la necesidad de que exista una relación jerárquica y de subordinación. Debe existir

[101] Artículo 23 del Código Penal colombiano.

[102] FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal.* Bogotá. Legis. 2002, p. 170.

[103] Ver artículo 28 del Estatuto de Roma.

[104] Ver Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Trial Chamber II quarter, Juicio del 16 de noviembre de 1998. párrafos 344-346. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm

por ende un superior y un subordinado. No importa de qué rango sea dicho superior, cuál sea su posición, o si a su vez este es subordinado de otro superior; lo crucial es que entre los subordinados que cometieron los crímenes y el sujeto que pretende responsabilizarse bajo esta teoría exista la relación mencionada.

El superior, en el caso del militar, debe tener un mando y control efectivo sobre su subordinado. Este mando puede ser *de iure*, esto es, proveniente de una fuente de derecho, o *de facto*. Lo que interesa no es si formalmente el superior militar cuenta con un respaldo jurídico del cual derive su competencia para dictar órdenes, sino que, independiente de la existencia del mismo, efectivamente el superior ejerza un mando y control sobre sus subordinados. Se atiende entonces a la realidad de los hechos y no simplemente a la formalidad de los mismos. Con base en esto, quedan incluidas no sólo las relaciones de subordinación dentro de un ejército regular y legal, sino también dentro de aquéllos ejércitos irregulares o grupos rebeldes en los que exista una relación jerárquica y de subordinación. Por último, y como elemento esencial de esta relación, es necesario además que exista un control efectivo, esto es, que el superior tenga la capacidad real de dictar órdenes que sean cumplidas por sus subordinados, y que pueda influir efectivamente en la conducta de los mismos.

b) Conocimiento real o debido

El segundo elemento hace referencia al elemento subjetivo. En virtud de este, el superior será responsable cuando "hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber"[105] que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes. Aquí hay que distinguir dos situaciones: cuando el superior "hubiere sabido" y cuando "hubiere debido saber". Respecto a la primera, se está frente a un conocimiento real –por parte del superior– del comportamiento de las tropas bajo su mando y control efectivo. Si a pesar de este conocimiento el superior no toma las medidas pertinentes para impedir o reprimir la comisión de los crímenes o para poner la situación en conocimiento de las autoridades competentes (tercer elemento), el superior incurrirá en una omisión con el conocimiento y la intención de incurrir en esta. Es decir, cuando se habla de un conocimiento real por parte del superior y de la ausencia de la toma de medidas a pesar del conocimiento de las conductas criminales desplegadas por sus tropas, se entiende que el superior desarrolla su conducta omisiva de una manera dolosa.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con el "*hubiere debido saber*", expresión que hace referencia ya no a un conocimiento real sino al deber de saber "*en razón de las circunstancias del momento".* El superior efectivamente no sabía, pero si hubiera tenido la diligencia debida para informarse de la manera apropiada, habría sabido. Esta falta de atención a las circunstancias, y el hecho de no informarse debidamente, no se cometen con el conocimiento e intención de pasar por alto su deber. Si fuera así, se estaría frente a un conocimiento real –por parte del superior– de la situación cometida por sus tropas, y:

> *"al ser su actitud la de ignorar de manera intencional los hechos de los cuales ya tiene conocimiento, es perfectamente ajustada a la figura de la ceguera voluntaria, estando así en presencia de una conducta dolosa"*[106].

Por ende no se habla de un conocimiento real e intención en la figura del "hubiere debido saber", pues si fuera así, repetiría la hipótesis del "hubiere sabido" careciendo así de utilidad aquella disposición. Al excluir entonces, el "hubiere debido saber", todas las clases de dolo, incluso el dolo eventual, se entiende que esta figura comporta una conducta culposa o imprudente. Es por negligencia o descuido del jefe militar que se omite cumplir con el deber correspondiente de supervisar y controlar a las tropas. El superior infringe su deber de cuidado. Aclarado esto, la pregunta que queda por resolver es a qué tipo de culpa hace referencia este "hubiere debido saber". Doctrinalmente hay posiciones diversas. Atendiendo a las definiciones clásicas y mayoritariamente aceptadas de la culpa con representación y de la culpa sin representación, nos inclinamos por esta última, pues de acuerdo con Roxin[107], en la culpa con representación no se acepta el haberse debido representar, sino el efectivamente haberse representado el resultado, a diferencia de la culpa inconsciente que ocurre cuando debiendo haberse representado el resultado, no lo hizo por su falta de diligencia[108].

[105] Artículo 28 del Estatuto de Roma.

[106] MATEUS RUGELES, Andrea. *Genocidio y Responsabilidad Penal Militar: Precisiones en torno al artículo 28 del Estatuto de Roma*. Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

[107] ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general.* Tomo I. Madrid. Civitas, 1997.

[108] MATEUS, *ob. cit*., pp. 61-62.

Finalmente, en relación con el "hubiere debido saber", cabe aclarar que no se está frente a una responsabilidad objetiva. No se considera en todos los casos que el superior militar, por su posición, tenía el deber de saber de las conductas desplegadas o a desplegar por sus tropas. Cada caso debe analizarse concretamente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas que lo rodearon. De acuerdo a la jurisprudencia internacional en la materia, la figura equivalente (mas no idéntica)[109] de este "hubiere debido saber" del ER, esto es, "tener razones para saber" de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, hace referencia a las situaciones en las que el superior militar cuente con información que le permita vislumbrar la posibilidad de que está ocurriendo una situación irregular por parte de sus tropas.

Aunque la CPI no ha emitido su primer pronunciamiento al respecto, puede sostenerse que en principio el "hubiere debido saber" incluye (aunque no esté limitado)[110] el concepto que abarca el "tener razones para saber". En esta medida, únicamente se considerará que el superior militar es responsable bajo el supuesto de "hubiere debido saber", cuando de acuerdo a las circunstancias del momento, el superior contaba con información que le permitía tener una luz sobre el comportamiento de sus tropas, y a pesar de esta decide, negligentemente, no atenderla.

c) Falla en la toma de medidas necesarias y razonables al alcance del superior

El tercer elemento, esto es, el no tomar las medidas necesarias y razonables al alcance del superior, denota el tipo de conducta a la que hace referencia este supuesto: una omisión. El superior omite dolosamente ("hubiere sabido") o culposamente ("hubiere debido saber") tomar las medidas que llevarían a prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o a poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Cuando la omisión es dolosa se habla de una omisión impropia; el superior es responsabilizado como coautor de los crímenes cometidos por sus tropas. La dificultad surge cuando la omisión es culposa. En este caso hay quienes consideran[111] que se está frente a una omisión propia, en la que el superior respondería no por los delitos cometidos por sus tropas sino por la omisión en la falta de control y vigilancia de las mismas. Esto es posible en la medida en que exista un tipo penal autónomo de omisión de vigilancia o de control. Sin embargo, la duda surge cuando no existe dentro del ordenamiento jurídico tal tipo penal. ¿Qué debe hacerse en esos casos? En el caso colombiano evidentemente no existe tal tipo penal; tampoco existe una disposición que contemple la responsabilidad del superior por omisión, en los términos explicados del artículo 28 del Estatuto de Roma. Tampoco se puede llegar al absurdo de tipificar un crimen de lesa humanidad omisivo culposo.

Como se verá más adelante, la Corte Constitucional ha tratado la omisión del superior como una omisión impropia, afirmando que éste ostenta la posición de garante. La Corte Suprema de Justicia, por su lado, ha tratado el tema desde una perspectiva de "coautoría impropia", lo cual podría resolver el tema de la omisión dolosa, pero deja sin respuesta el caso de la omisión culposa.

Respecto a las medidas que debe tomar el superior, pero que falla en hacerlo, cabe aclarar que no son cualquier tipo de medidas. La teoría de la responsabilidad del superior reconoce las circunstancias del momento y atiende a la realidad del mismo, limitando estas medidas a las necesarias y razonables para suprimir o reprimir los crímenes cometidos o a cometer por las tropas, o para poner la situación en conocimiento de las autoridades competentes, y que se encuentren al alcance del superior. Es decir que el superior tiene el deber de ejecutar las medidas que lleven al cumplimiento de tal fin, dentro de la razonabilidad de los hechos y de las circunstancias, y dentro de la posibilidad de los mismos. Así, como lo ha establecido la Comisión de Derecho Internacional[112], un superior no será responsable por omisión cuando carezca de la competencia legal y de la posibilidad real para tomar las medidas que llevan a la prevención o reprensión de los crímenes o puesta de conocimiento de los mismos ante las autoridades competentes. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia apela únicamente al requisito de la posibilidad material, alejándose de la posición de la Comisión de Derecho Internacional, respecto a la necesidad de una competencia legal en cabeza del superior en relación con las medidas que debe tomar[113].

[109] Ver discusión al respecto en MATEUS, *ob. cit*.

[110] *Ibíd*.

[111] Ver AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2001.

[112] Reporte de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 48, del 6 de mayo al 26 de julio de 1996. Registros oficiales de la Asamblea General, sesión 51, suplemento Nº 10. Disponible en: http://www.un.org/law/ilc/

[113] Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Trial Chamber II quarter, Juicio del 16 de noviembre de 1998. párrafos 395. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm

Ahora bien, respecto al tipo de medidas que debe tomar el superior, se habla de medidas preventivas y medidas represivas. Las primeras se deben aplicar cuando los crímenes no han sido cometidos, o se están cometiendo pero no se han consumado. El superior tiene entonces el deber de tomar medidas para evitar que estos crímenes se cometan o lleguen a consumarse. Por otro lado, las medidas represivas se aplican cuando ya el crimen ha sido cometido. Si el superior no tuvo el conocimiento real o el deber de conocer en el momento en que se estaban cometiendo los crímenes, pero si con posterioridad a la consumación de los mismos, éste tiene el deber de implementar medidas que lleven a la represión de las conductas criminales, es decir, medidas que lleven a evitar que los crímenes se sigan cometiendo, así como a la investigación y sanción de los miembros de sus tropas responsables de los crímenes cometidos, por remisión a las autoridades competentes para que cumplan con tal fin. Cabe aclarar que si el superior tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la conducta de sus tropas, en un momento anterior a la consumación de los crímenes, éste será responsable si a pesar de tomar las medidas represivas, no tomó las medidas preventivas necesarias y razonables a su alcance.

6.4.4. Responsabilidad del superior civil

La teoría de la responsabilidad del superior y sus tres elementos constitutivos se aplican igualmente en los casos de la responsabilidad de un superior civil, pero con ciertos matices.

a) Relación superior-subordinado

En este caso es igualmente necesaria la existencia de esta relación. Debe existir una relación jerárquica pero se entiende que ya no con las características de las estructuras militares. Por esto, no se habla de una relación jerárquica de mando sino de autoridad. La primera hace referencia a un concepto imperativo de dar órdenes, mientras que la segunda se relaciona más con permitir o tener la facultad o el derecho para ejercer un poder[114]. En ambos casos (superior civil y superior militar) es necesaria la presencia de un control efectivo, en los términos ya explicados, e igualmente cuando se habla de superior civil, se entiende que éste puede ser *de iure* o *de facto.*

[114] AMBOS, *op. cit*., p. 182.

b) El elemento subjetivo representa la diferencia más importante entre la responsabilidad del superior militar y la del superior civil

Ya se dijo que el primero responderá por dolo y por culpa. En el caso del superior civil, la exigencia para determinar su responsabilidad es mayor. De acuerdo con el artículo 28 del ER, el superior no militar responderá cuando "hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo" crímenes o que "se proponían cometerlos"[115]. Es decir que el superior civil únicamente responderá cuando dolosamente omita tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance (tercer elemento), mas no cuando su omisión sea negligente. La expresión "hubiere tenido conocimiento" es equivalente al "hubiere sabido" del superior militar. Sin embargo, el "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo" crímenes, no puede equipararse al "hubiere debido saber", pues en el primer supuesto, a diferencia del caso del superior militar, hay un elemento volitivo. El "deliberadamente" indica la voluntad o intención por parte del superior de ignorar cierta información. Se habla entonces de una "ceguera voluntaria", dolo eventual o incluso de *recklessness* (para quienes asimilan esta figura del derecho anglosajón, –sin paralelo en el derecho romano-germánico–, más a un dolo eventual que a una culpa con representación)[116], pero no de una negligencia. Es por voluntad del superior y no por su falta de diligencia, que la información no es tenida en cuenta.

Aunado a lo anterior, se encuentra el hecho de que la información que está al alcance del superior civil no da simplemente una luz acerca de lo que puede estar sucediendo –como en el caso de "tener razones para saber" o "hubiere debido saber"–. En el caso del superior civil, la información con la que cuenta indica "claramente que los subordinados estaban cometiendo" o iban a cometer ciertos crímenes. Desechar deliberadamente esta información equivale a un dolo (eventual) y no a una culpa. En conclusión, el superior civil que omita tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance de manera negligente, no incurrirá en responsabilidad penal.

[115] Artículo 28 del Estatuto de Roma.

[116] Ver MATEUS, *ob. cit*., p. 61. También DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia. Tirant lo Blanch, 1994, pp. 250-256.

Otra diferencia importante que trae la responsabilidad del superior civil frente a aquella del superior militar, es la relacionada con los crímenes. La responsabilidad del superior civil está limitada a los crímenes relacionados con "actividades bajo su responsabilidad y control efectivo"[117], lo que implica que la exigencia es mayor a la hora de responsabilizar a un superior civil por cuanto, como ya se explicó, la simple negligencia no genera responsabilidad, y tampoco habrá responsabilidad cuando los crímenes cometidos por los subordinados sean ajenos a las actividades propias de la responsabilidad y del control efectivo del superior.

c) Por último, en cuanto al tercer elemento de la responsabilidad del superior

No existe ninguna diferencia por cuanto el superior civil, al igual que el militar, tiene el deber de tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los crímenes cometidos o a cometer por sus subordinados, o para poner la situación en conocimiento de las autoridades competentes. Es decir, incurrirá en responsabilidad cuando omita tomar estas medidas, con las diferencias ya expresadas, esto es, que la omisión que genera responsabilidad en el caso del superior civil siempre va a ser dolosa y que los crímenes van a estar necesariamente ligados a "actividades bajo su responsabilidad y control efectivo".

6.4.5. Casos en Tribunales Internacionales que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico

Después de la sentencia y condena de Yamashita, que fue analizada con anterioridad, aparecieron otros casos contra japoneses (posteriores a la Segunda Guerra Mundial), tal como el caso de Iwane Matsui, en el que fue condenado igualmente por su abstención a actuar contra los crímenes cometidos por sus subordinados, fundado en la ausencia de control de sus tropas y protección de la población civil, como era su deber. También condenaron a Premier Hideki Tojo, al encontrarlo culpable como Superior, *por omisión,* debido a que no tomó ninguna acción para castigar a aquellos que habían cometido el crimen, ni adoptó medida tendiente a evitar la repetición de las mismas en el futuro[118].

Igualmente se han presentado diferentes casos en la experiencia internacional que ilustran con claridad los temas hasta aquí presentados. Se revisan a continuación.

a) NMT (Nüremberg Military Tribunals) y casos subsecuentes a Nüremberg

Los mayores aportes en materia de derecho internacional se han obtenido a partir de la constitución del Tribunal de Nüremberg, su correspondiente estatuto y consiguientes jurisprudencias, en donde se ha presentado un catálogo de principios que incluso hoy orientan la actividad jurisdiccional y que permitieron el desarrollo de las doctrinas que hoy se han consagrado en el Estatuto de Roma.

Es por esto que en seguida se revisan algunos casos discutidos ante el Tribunal de Nüremberg y que reflejan los contenidos temáticos vistos hasta este momento, entre otros, se dijo en el Tribunal de Nüremberg: *"las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante el deber de tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están bajo su mando, a efecto de prevenir de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra"*[119].

Es en el Tribunal de Nüremberg, con el análisis de los diferentes casos allí tratados, en donde se va a venir a desarrollar con mayor detalle el concepto de la responsabilidad penal por omisión de los superiores militares y superiores civiles, principalmente en cuanto a la interpretación de lo que se conoce como "*obligated to know*" (obligado a conocer), de *"obligated to have known"* (debería haber conocido), y del "*personal dereliction"* (descuido personal).

Igualmente hubo gran desarrollo dentro de los conocidos como los *Casos de los criminales de guerra antes del Tribunal Militar de Nuremberg (NMT)*, o *Casos Subsecuentes a Nuremberg,* que fueron revisados por los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial ante las Cortes de Justicia Militar de dicho país bajo los mismos salones del Palacio de Justicia, y que en total completan doce casos que son los siguientes: Caso de los Doctors, Caso Milch, Caso de los Jueces, Caso Pohl, Caso Flick, Caso de los rehenes, Caso IG Ferben, Caso

[117] Artículo 28 del Estatuto de Roma.

[118] *Ibíd*.

[119] *Ibíd*., p. 127.

Einsatzgruppen, Caso Rusha, Caso Krupp, Caso del Alto Mando y Caso de los Ministros[120].

- ***El caso de los rehenes (the Hostage Case)***

El caso de los rehenes (*The Hostage Case*), también conocido como el caso "*The United States of America vs. Wilhelm Liszt*" o como el Caso del Suroeste (Southeast Case) (ya que los involucrados eran generales de tropas del sur oeste de Europa durante la Campaña de las Balcanes en Grecia, Albania y ex - Yugoslavia), tuvo lugar desde el 8 de julio de 1947 hasta el 19 de febrero de 1948.

El proceso se inicia en contra de los comandantes de las tropas alemanas por razón de la captura de civiles en calidad de rehenes a quienes se les habría disparado insensiblemente causando la muerte de muchos de ellos.

Para el caso particular de Field Marshal Liszt, uno de los comandantes alemanes a que se ha hecho alusión, se pretendió aducir como defensa dentro de la investigación seguida en su contra, la ausencia de conocimiento de los reportes que le fueron remitidos con miras a informar la situación que se estaba presentando en su territorio, y sobre el particular dijo el Tribunal:

> *"El Comandante general de un territorio ocupado tiene el deber de mantener la paz y el orden, castigar los delitos y proteger las vidas y propiedad en el área de su comando (…) Se encuentra encargado de enterarse de las ocurrencias en su territorio (…) si llegare a fallar en requerir u obtener información completa, la violación de este deber recae únicamente en él y no se encuentra en posición de alegar su propia omisión como defensa (…) La falta de conocimiento de los reportes que le han sido hechos no es una defensa. Los reportes dirigidos al comandante general son hechos únicamente en su beneficio (…)"*[121].

De forma que no le es permisible al comandante del ejército desconocer los reportes recibidos, reiterando que estos reportes son enviados para su propio beneficio[122], e igualmente establece que no le es posible negar el conocimiento de los hechos ocurridos en su área de comando mientras esté presente.

> *"A un comandante del ejército no le será permitido negar el conocimiento de los reportes recibidos por sus subalternos, pues ellos lo han enviado para su especial beneficio. Tampoco podrá permitirse negar el conocimiento de lo que ocurra en su área cuando el comandante se encuentre presente"*[123].

De conformidad con lo anterior, el Tribunal encontró a Wilhelm Von Liszt responsable de las masacres cometidas en su territorio, por cuanto la situación le fue informada, y a pesar de ello *falló* en dar fin a la situación que se venía presentando y también *falló* en adoptar las medidas necesarias para prevenir su ocurrencia.

Igualmente fueron acusadas siete (7) personas, bajo el cargo de haber cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, debido a que habrían ordenado el asesinato en masa de cientos de miles de civiles en Grecia, Albania y Yugoslavia (rehenes capturados), por la destrucción de aldeas y pueblos en Grecia, Albania, Yugoslavia y Noruega, el asesinato y trato inhumano de los partisanos prisioneros de guerra negándoles el estatus de prisioneros de guerra y asesinándolos, y por último por el asesinato, tortura, deportación, y por mandar a campos de concentración a ciudadanos griegos, albaneses y yugoslavos.

Los aquí anunciados[124] argumentaron que se encontraban siguiendo las órdenes de sus superiores (Hitler y Keitel), sin

[120] AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karayán y Oscar Julián Guerrero. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía.

[121] Traducción nuestra: LUBKIN, Gregory P. "Special Study on Command Responsibility for Failure to Act". Submitted to The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. July 15, 1995. Texto: *"A commanding general of occupied territory is charged with the duty of maintaining peace and order, punishing crime, and protecting lives and property within the area of his command…He is charged with notice of occurrences taking place within that territory…If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defense…Want of knowledge of reports made to him is not a defense. Reports to commanding generals are made for their special benefit."*

[122] JIA, Bing Bing. "Yearbook of International Humanitarian Law; The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems". Texto del Hostage Case: *"An army commander will not ordinarily be permitted to deny knowledge of reports received at his headquarters, they being sent there for his special benefit. Neither will he ordinarily be permitted to deny knowledge of happenings within the area of his command while he is present therein."*

[123] JIA, Bing Bing. "Yearbook of International Humanitarian Law; The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems". Texto del Hostage Case: *"An army commander will not ordinarily be permitted to deny knowledge of reports received at his headquarters, they being sent there for his special benefit. Neither will he ordinarily be permitted to deny knowledge of happenings within the area of his command while he is present therein".*

[124] Los juzgados fueron Wilhelm List, Maximilian von Weichs, Lothar Rendulic, Walter Kuntze, Hermann Foertsch, Franz Böhm, Helmuth Felmy, Herbert Lanz,

embargo este argumento de defensa solo fue admitido por el tribunal para aquellos de bajo rango militar, concluyendo que en los casos de Oficiales de más alto rango (List y Kuntze) debieron estar conscientes de los hechos y de las consecuencias que traerían estas órdenes al violar la ley internacional, de forma que debieron haberse opuesto a las mismas, siendo sancionable su conducta por permitir su realización, razón por la cual fueron más severamente sancionados[125].

- ***El caso del alto mando (High Command Case)***

Es aquel caso que juzga a 13 superiores alemanes por crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y conspiración. Once de estos fueron condenados por responsabilidad del superior por los crímenes de guerra.

En el caso particular de Von Leeb (*High Command Trial*), la Corte creó jurisprudencia, y de allí deriva su relevancia, al establecer una posición diferente a la que se expuso con anterioridad frente al deber de conocer los actos de los subordinados. Se cita a continuación:

> *"Un comandante no puede estar completamente informado de los detalles de las operaciones militares de los subordinados ni debe asegurarse de todas las medidas administrativas. El Superior tiene el derecho de asumir que los detalles confiados a los subordinados serían ejecutados legalmente"*[126].

Ernst Dehner, Ernst Von Leyser, Wilhem Speidel, y Kurt von Geitner Sentencia: "The Hostage Case". Military Tribunal V. Case 7. United States of America against Wilhelm List, Maximilian von Weichs, Lothar Rendulic, Walter Kuntze, Hermann Foertsch, Franz Boehme, Helmuth Felmy, Hubert Lanz, Ernst Dehner, Ernst von Leyser, Wilhelm Speidel, and Kurt von Geitner.

125 Wilhelm List fue condenado a cadena perpetua pero fue liberado en diciembre de 1952 por razones médicas. Mazimilian von Wiechs fue comandante alemán durante la campaña de los Balcanes. Este fue removido del caso debido a razones de salud. Lothar Rendulic fue condenado a 20 años de cárcel. Fueron reducidos a 10 años de cárcel en 1951. Walter Kuntze fue condenado a cadena perpetua. Hermann Foertsch fue absuelto. Franz Böhme se suicido el 30 de mayo de 1947 (antes de la decisión de la Corte). Helmuth Felmy fue condenado a 15 años de cárcel. En 1951 se le redujo la pena a 10 años. Hubert Lanz fue condenado a 12 años de cárcel y fue dejado libre en 1951. Ernst Dehner fue condenado a 7 años de cárcel y fue dejado libre en 1951. Ernst von Layser fue condenado a 10 años de cárcel y fue dejado libre en 1951. Wilhelm Speidel fue condenado a 20 años de cárcel y fue dejado en libertad en 1951 y Kurt von Geitner fue absuelto. Sentencia: "The Hostage Case". Military Tribunal V. Case 7. United States of America against Wilhelm List, Maximilian von Weichs, Lothar Rendulic, Walter Kuntze, Hermann Foertsch, Franz Boehme, Helmuth Felmy, Hubert Lanz, Ernst Dehner, Ernst von Leyser, Wilhelm Speidel, and Kurt von Geitner.

126 Traducción nuestra, texto original: *"A high commander cannot keep completely informed of the details of military operations of subordinates and most assuredly not of every administrative measure. He has the right to assume that details entrusted to responsible subordinates will be legally executed".*

b) Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y Ruanda

En el caso del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia se destacan los siguientes: Celebici, Aleksovski, Blaskic, Kunarac, Kordic y Cerkec. Por su parte, el Tribunal Penal para Ruanda trató esta temática en los casos de Akayesu, Kambanda y Kayishema.

A continuación se describe el caso Fiscal contra Delalic, Mucic, Delic y Landzo, de 16 de noviembre de 1998 (Caso Celebici), para el estudio de los dicentes:

- ***Sentencia de primera instancia de Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia***[127]

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: Caso Fiscal contra Delalic, Mucic, Delic y Landzo, 16 de noviembre de 1998 (Caso Celebici)[128].

– *Hechos*

En Konjic, ubicada en la región de Bosnia y Herzegovina conocida como Herzegovina del norte, poco antes de 1992 comenzaron tensiones y sospechas entre grupos étnicos que llevaron a operaciones militares, ataques armados, acciones defensivas, desplazamiento de la población y racionamientos de comida.

En virtud de dichos acontecimientos varios serbios fueron arrestados, generando como consecuencia la necesidad de establecer un lugar para alojar a los prisioneros. Debido a que las cárceles no ofrecían el espacio suficiente, el campo de reclusión Celebici fue escogido para tal fin.

Respecto al control sobre dicho campamento, no está claro quién lo ejercía, pues parece que varios grupos estaban a cargo de ello. La mayoría de los prisioneros entre abril y diciembre de 1992 eran hombres. Unos fueron capturados mientras intentaban fugarse, razón por la cual fueron golpeados, y otros arrestados en sus casas, en retenes militares o después de rendirse.

127 Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Trial Chamber II quarter, Juicio del 16 de noviembre de 1998. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm (traducción no oficial).

128 Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Trial Chamber II quarter, Juicio del 16 de noviembre de 1998. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm (traducción no oficial).

Hay testimonios de casos de tortura e intimidación a los prisioneros de dicho campo. Así lo narran los antiguos prisioneros de aquellos lugares, y lo testifican las marcas físicas y psicológicas dejadas en muchos de ellos.

Muchos prisioneros han dicho que fueron interrogados varias veces y que en esos interrogatorios había violencia física en su contra. Constreñidos por la violencia y el temor, muchos firmaron declaraciones donde reconocían posesión de ciertas armas o que se habían involucrado en determinadas actividades. De acuerdo con los prisioneros, entre quienes hacían estos interrogatorios había policías.

Desde mayo hasta diciembre de 1992 varios grupos de prisioneros salieron del campo Celebici, unos porque eran transferidos a otros lugares, otros por la intervención de la Cruz Roja, y otros porque conocidos influyentes en Konjic buscaron su liberación.

– *Acusación*

Los señores Delalic, Mucic y Delic, son acusados de cometer homicidio intencional y asesinato, tortura y malos tratos, otros tratos crueles e inhumanos, confinamiento ilícito de civiles y saqueo de la propiedad privada, como crímenes de lesa humanidad y violaciones graves de los Convenios de Ginebra. El fundamento de su responsabilidad es el artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ETPIY), que consagra la responsabilidad del superior por omisión: cuando los superiores sabían o tenían razones para saber que sus subordinados estaban cometiendo o a punto de cometer los homicidios y no hubieron tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los perpetradores.

– *Responsabilidad penal individual bajo el artículo 7(3) del ETPIY*

Carácter legal de la responsabilidad del superior y su estatus bajo el derecho internacional consuetudinario

En el derecho internacional consuetudinario y convencional está bien determinada la responsabilidad de los superiores militares por la conducta ilegal de sus subordinados. El crimen puede surgir cuando el superior lleva a cabo actos positivos (responsabilidad superior *directa*) u omisiones negligentes (responsabilidad superior *indirecta* o *stricto sensu*) para evitar o reprimir la conducta ilegal de sus subordinados.

La responsabilidad del superior por omisión al fallar en tomar las medidas para prevenir o reprimir las conductas criminales de los subordinados, es entendida con mayor claridad cuando es analizada a la luz del principio de que se incurre en responsabilidad penal por omisión solo cuando existe una obligación legal de actuar. El artículo 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, impone un deber positivo en los superiores de evitar que las personas bajo su control violen el Derecho Internacional Humanitario.

Elementos de la responsabilidad del superior

De acuerdo con la Sentencia de Primera Instancia, la teoría de la responsabilidad del superior por omisión está constituida por tres elementos: la existencia de una relación superior-subordinado; el superior sabía o tenía razones para saber que las conductas criminales se iban a cometer o se estaban cometiendo, y que el superior falló en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir la conducta criminal o para castigar a los perpetradores.

Responsabilidad de superiores no militares y de superiores de facto o de iure

La SPI declaró que el término "superior" no solo se aplicaría a mandos militares, sino a líderes políticos y otros superiores civiles con cargos de autoridad. Incluso el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (el Tribunal de Tokio) tuvo en cuenta esta idea para declarar culpables a varios líderes políticos.

El uso del término genérico *superior* en el artículo 7(3) ETPIY, junto con su yuxtaposición a la afirmación según la cual la responsabilidad individual de "Jefe de Estado o de Gobierno" o "responsable de los oficiales del gobierno" en el artículo 7(2), indica claramente que su aplicabilidad va más allá de la responsabilidad de los comandantes militares y también comprende líderes políticos y otros civiles superiores en posiciones de autoridad.

La SPI considera que los individuos en posición de autoridad, sea dentro de estructuras militares o civiles, pueden incurrir en responsabilidad penal bajo la teoría de la responsabilidad del superior con base en su posición de superiores *de facto* o *de iure.* La ausencia de las formalidades legales para establecer la autoridad no descarta la posición de superior ni la responsabilidad del mismo cuando incurre en la omisión que genera esta responsabilidad.

El concepto de superior

Según la SPI la sola posición de mando, aunque es condición necesaria no es condición suficiente. Lo que sí se

convierte en condición suficiente es que el superior tuviera el poder de controlar las acciones de sus subordinados y no lo hiciera, por ejemplo cuando pudo evitar acciones de personas inmediatamente debajo de su línea de comando.

Aunque según la SPI un superior civil o militar puede ser responsable bajo la teoría de la responsabilidad del superior basándose en su posición de autoridad *de facto*, deben tenerse en cuenta las consideraciones fundamentales a la imposición de la responsabilidad: esa doctrina se basa en la posibilidad de ejercer control sobre sus tropas, y en el deber que tiene el superior para implementar medidas tendientes a reprimir y suprimir la comisión de los crímenes. Así, la designación formal como superior no debe ser considerada como un pre-requisito indispensable para establecer la responsabilidad del superior por omisión, ya que ésta puede predicarse tanto de los superiores *de iure* como *de facto.*

Por otro lado, es claro que hay un deber en cabeza del superior, consistente en ejercer su poder para prevenir y reprimir los crímenes cometidos o a cometer por sus tropas, y que el fallar en cumplir con este deber de una manera diligente es sancionado mediante la imputación de responsabilidad penal con base en la teoría de la responsabilidad del superior. Sin embargo, es necesario reconocer que hay un punto en el que las personas dejan de tener el control efectivo sobre sus subordinados para prevenir o reprimir sus acciones, y en ese caso no pueden ser considerados como "superiores" y por ende no pueden ser responsabilizados.

El elemento subjetivo:
"saber o tener razones para saber"

El artículo 7(3) del ETPIY hace responsable al superior solo cuando sabía o tenía razones para saber de los actos cometidos o a cometer por sus subordinados. La SPI concluyó que puede existir el elemento subjetivo para determinar la responsabilidad, donde había conocimiento real o información que al menos lo hubiera notificado del riesgo de que sus subordinados cometerían tales faltas.

En cuanto al conocimiento real, la Fiscalía lo considera cuando los crímenes de los subordinados eran notorios al público, numerosos, por largo tiempo o sobre una zona geográfica amplia.

De acuerdo con la SPI si falta evidencia directa del conocimiento del superior, tal no debe suponerse sino establecerse por medio de evidencia circunstancial que incluye, entre otros: cantidad y tipo de actos ilegales, alcance de las conductas ilegales, tiempo durante el cual ocurrieron, cantidad y tipo de tropas involucradas, logística involucrada, ubicación geográfica, extensión de los actos, momento táctico de la operación, *modus operandi* de actos ilegales similares, oficiales y *staff* involucrado, ubicación del superior en el momento en el que ocurren los hechos.

Tener razones para saber

Después de la Segunda Guerra Mundial la jurisprudencia afirmó que los superiores debían estar informados de las actividades de sus subordinados. De hecho, con el estudio de varias decisiones puede verse que la ausencia de conocimiento no puede considerarse una defensa, como dijo el Tribunal de Tokio.

En el juicio contra el Almirante Toyoda el tribunal declaró que el principio aplica al superior que "hubiere sabido o hubiere debido saber por el uso de la diligencia razonable" de las atrocidades cometidas por sus subordinados. El tribunal en el caso Pohl decidió de manera similar en relación con el "hubiere debido saber", al considerar que el superior tiene un deber de informarse.

Una interpretación de esta provisión hace concluir que un superior es responsable penalmente solo si había información específica disponible para él, la cual lo hubiera notificado de los crímenes cometidos por sus subordinados. Esa información no tiene por qué ser en sí misma suficiente para llevar a la conclusión que tales crímenes existían; es suficiente con que ésta haga necesaria la recolección de información adicional para determinar la conducta (criminal o no) de sus tropas. Este estándar es el que contiene el elemento subjetivo establecido en el artículo 7(3).

Medidas necesarias y razonables

Respecto a qué medidas son consideradas como razonables y necesarias, la SPI afirmó la imposibilidad de determinarlas en abstracto, así como la inutilidad de formular un estándar general al respecto. La evaluación de las acciones tomadas por un superior para determinar si ha cumplido su deber están necesariamente ligadas a los hechos de cada caso particular.

Aclara además la SPI que la ley internacional no obliga a un superior a hacer lo imposible, por lo tanto, un superior solo puede ser declarado responsable penalmente por no tomar las medidas que están bajo su poder, entendiendo por éstas únicamente aquéllas que estén dentro de las posibilidades materiales del superior.

Causalidad

La defensa alega que existe un cuarto elemento para establecer la responsabilidad del superior por omisión: la causalidad. De acuerdo con la defensa, si la omisión del superior no causó la comisión del crimen, el comandante no puede ser penalmente responsable por los actos de sus subordinados. Igualmente alega la defensa que esta afirmación es también válida para el caso de la responsabilidad del superior por no castigar un crimen, pues dicha omisión puede ser la causa de la comisión de un crimen futuro.

La SPI rechaza esta posición, aclarando que si bien el principio de causalidad juega un papel importante en la ley penal, este no se ha establecido como un requisito para la imposición de la responsabilidad penal de los superiores por no prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados. Fundamenta además su afirmación, en el hecho de que la posición presentada por la defensa no encuentra respaldo alguno ni en la jurisprudencia, ni en el derecho convencional ni en la doctrina.

Decisión

De acuerdo con la evidencia y el resultado del juicio, Delalic y Delic no tenían la calidad de superiores dentro del campamento de prisioneros de Celebici, razón por la que la SPI no los encuentra culpables de los delitos acusados con fundamento en la responsabilidad del superior.

Respecto a Mucic, la SPI logró establecer que éste ostentaba una posición de superior *de facto* sobre el campamento de prisioneros de Celebici, y que en virtud de la misma sabía o tenía razones para saber de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en dicho campamento, a pesar de lo cual no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir estos actos o para castigar a sus perpetradores. Por esta razón, y con base en los hallazgos, la SPI encontró culpable a Mucic por algunos de los delitos por los que fue acusado de conformidad con el artículo 7 (3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Apelación[129]

Como noveno cargo de apelación contra la sentencia de primera instancia, Mucic alega un error de hecho y uno de derecho por parte de la SPI, al afirmar que al momento de ocurrencia de los crímenes Mucic tenía autoridad *de facto* en el campamento Celebici.

Mucic disputa que el estatus *de facto* sea suficiente para atribuir responsabilidad penal bajo el artículo 7(3) del ETPIY. De acuerdo con el apelante, para que a una persona se le predique su condición de superior *de facto* debe demostrarse que maneja la misma clase de control sobre sus subordinados que los superiores *de iure*. Considera, así mismo, que la posición de la SPI respecto a la no necesaria preclusión de la responsabilidad del superior en ausencia de la autoridad derivada de una formalidad legal, "se acerca demasiado al concepto de responsabilidad objetiva".

Por su parte, la Fiscalía argumenta que Mucic no respalda en ninguna fuente legal su afirmación respecto al supuesto error en el que incurrió la SPI al declararlo como superior *de facto* del campamento Celebici. Considera también que el establecer responsabilidad del superior cuando éste es *de facto* no implica una responsabilidad objetiva, y que la autoridad *de facto* no tiene que poseer ciertas características de la autoridad *de iure*. Finalmente, afirma que Mucic no se basó en ningún fundamento jurídico para alegar que la SPI cometió un error al establecer que la teoría de la responsabilidad del superior se aplica (también) a superiores civiles.

La Sala de Apelaciones afirmó estar de acuerdo con la SPI y desestimar el cargo de apelación con base en el siguiente razonamiento:

> *"El poder o autoridad para prevenir o castigar no solo surge de la autoridad de jure conferida a través de la designación oficial. En muchos conflictos contemporáneos pueden existir únicamente gobiernos de facto, auto-proclamados, y por lo tanto ejércitos y grupos paramilitares de facto. La estructura de comando, organizada precipitadamente, bien puede estar en desorden y ser primitiva. Para hacer cumplir la ley en estas circunstancias se requiere una determinación de responsabilidad no solo de quienes cometieron el crimen sino de sus comandantes u otros superiores que, con base en la evidencia, estaban en control, sin embargo, sin una designación formal o proveniente de la autoridad legal"*[130].

[129] Mucić *et al.* (IT-96-21) "Čelebici", Appeals Chamber, Juicio del 20 de febrero de 2001. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm (traducción no oficial).

[130] *Ibíd.*, párr. 193 (traducción no oficial).

6.4.6. Casos en Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico

Como se dijo, Colombia no cuenta con una disposición que expresamente consagre la responsabilidad del superior. Por esto, cuando los tribunales colombianos se han visto enfrentados a situaciones similares a las de una responsabilidad del superior por omisión, han acudido a normas relacionadas con la autoría y participación, para resolver el problema.

Veamos estas soluciones a partir de dos casos que han llegado hasta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

a) Caso Machuca[131]

- ***Hechos***

El 18 de octubre de 1998 varios guerrilleros, miembros del ELN, pertenecientes a la compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán, colocaron un detonante en el Oleoducto Cusiana-Coveñas. La explosión, que se produjo en la parte superior de una colina, generó la destrucción total del poliducto y el derramamiento de gran cantidad de petróleo que avanzó por el río Pocuné y llegó hasta la rivera del corregimiento de Machuca, situado en el municipio de Segovia, Antioquia. La gran tragedia se produjo en este corregimiento donde, a causa del derramamiento de petróleo, las llamas arrasaron con viviendas, acabaron con la vida de casi un centenar de sus habitantes y generaron graves quemaduras a alrededor de treinta personas.

El 12 de noviembre de 1998 la Fiscalía Especializada adscrita a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, abrió investigación y vinculó como personas ausentes a unos dirigentes del Frente guerrillero involucrado en la tragedia de Machuca. El 12 de agosto de 2002 la Unidad de de Derechos Humanos formuló cargos por homicidio, lesiones personales, terrorismo y rebelión contra tres dirigentes del Frente José Antonio Galán, y contra siete miembros de la Dirección Nacional del ELN, en su calidad de coautores determinadores.

El caso fue conocido en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual dictó sentencia el 25 de mayo de 2004, condenando por homicidio simple a los acusados por la Fiscalía en su calidad de coautores (mediatos) a título de dolo eventual, en concurso con lesiones personales (también a título de dolo eventual), y con los delitos de terrorismo y rebelión.

En segunda instancia la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia decidió el recurso de apelación absolviendo a los condenados por todos los delitos, salvo por el de rebelión en calidad de coautores (mediatos).

El recurso de Casación fue interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, contra la providencia de segunda instancia. Entre otros cargos, afirmó la Procuraduría la violación directa a la ley sustancial por la calidad dada a los condenados, como determinadores en vez de autores. La Corte Suprema de Justicia condena a los tres dirigentes del Frente José Antonio Galán, y a los siete miembros de la Dirección Nacional del ELN, como coautores (impropios) del concurso de delitos de homicidio simple, lesiones personales, rebelión y terrorismo.

- ***Tesis***

Las distintas calificaciones dadas a los superiores para determinar o excluir su responsabilidad en los hechos ocurridos en Machuca en octubre de 1998, por la destrucción de un poliducto a manos de miembros del ELN, se basan en las siguientes afirmaciones:

– *Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación:* cuando el Comando Central de una organización subversiva atribuye la comisión de ciertos delitos por parte de sus tropas, a órdenes dadas en general por el Comando Central, los miembros de dicho comando responderán como coautores determinadores.

La previsibilidad de un resultado no querido en el dolo eventual puede afirmarse cuando los autores del delito han actuado de manera similar en un delito anterior, y se han generado las mismas consecuencias no deseadas.

– *Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia:* en una organización subversiva con organización jerárquica, el Comando Central es el órgano

[131] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P.: Javier Zapata Ortiz. Proceso Nº 23825 del 7 de marzo de 2007. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.* Capítulo VI. El caso colombiano. Bogotá. Editorial Temis, 2008, pp. 153-181.

encargado de dictar las órdenes y las tropas las encargadas de cumplirlas. Los miembros del Comando Central serán responsables como coautores mediatos por los crímenes cometidos por las tropas en cumplimiento de órdenes emitidas por el Comando Central.

Cuando el riesgo creado con la conducta criminal principal es suficiente por sí solo para lograr la ocurrencia de otro delito, éste último será imputado a título de dolo eventual. Se considera que el hacer explotar un oleoducto tiene la capacidad por sí solo, de generar la muerte de personas.

– *Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia:* si en el marco de un crimen cometido por las tropas de una organización subversiva no hay suficiente material probatorio que indique que la conducta de dichas tropas obedeció a una orden emanada del Comando Central de la organización, no puede imputársele a los miembros de dicho comando la calidad de determinadores del hecho.

La muerte y lesiones a personas como consecuencia de un incendio generado por el derramamiento de petróleo –que a su vez ha sido producido por la voladura de un oleoducto en un lugar distinto a donde ocurrieron las muertes y lesiones– se imputa a título culposo a los autores materiales de la conducta criminal inicial (esto es, la explosión del oleoducto) y no a título de dolo eventual.

Si la conducta descrita es realizada por las tropas de una organización (subversiva) jerárquica, al responder estos por homicidio culposo no puede imputársele a los miembros del Comando Central de dicha organización la calidad de determinadores, ya que esta no se predica de una conducta culposa.

– *Procuraduría General de la Nación:* en situaciones fácticas como las ocurridas en Machuca, la determinación de la responsabilidad de los posibles autores debe establecerse a partir de la teoría de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder[132].

– *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:* de los hechos ocurridos en Machuca no puede predicarse una autoría mediata a partir de los aparatos organizados de poder, pues lo que ocurre en situaciones como esta es una división de trabajo dentro de una empresa criminal conjunta. Cuando existe división de trabajo dentro de una empresa criminal conjunta, tanto las personas que cometen directamente el atentado como los miembros del Comando Central responderán a título de coautoría impropia.

b) Caso La Gabarra[133]

- ***Hechos***

En 1999 Carlos Castaño, jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), anunció públicamente la finalidad de "recuperar la zona" de La Gabarra, para lo cual trasladó un contingente de sus hombres con los que daría muerte a todo colaborador de la guerrilla presente en dicha zona. El 21 de agosto del mismo año miembros de las AUC mataron a 27 personas de La Gabarra, cuyos nombres correspondían a una lista que poseían los miembros del grupo armado ilegal.

El teniente Luis Fernando Campuzano Vásquez se encontraba al mando del contingente del Ejército Nacional encargado de proteger a la población civil en caso de una posible toma de las AUC. Cuando ocurrieron los hechos del 21 de agosto, de acuerdo con varios testimonios, el teniente Campuzano en vez de acudir en defensa de la población civil, permaneció dentro de la base militar durante todo el tiempo que duró la incursión de las AUC en La Gabarra. El teniente argumentó que en el momento de los hechos fue víctima de un ataque y que por la necesidad de defenderse no pudo abandonar la base militar. Distintos testigos señalaron, además, que existía una relación cercana o cordial entre el teniente y los miembros de las AUC.

El 28 de febrero de 2001 la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación acusó al teniente Campuzano como responsable "del concurso de conductas de pertenencia a grupos de sicarios,… y de múltiples homicidios con fines terroristas"[134].

El conocimiento del caso en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, el cual en sentencia del 21 de octubre de 2003 absolvió al teniente Campuzano por los cargos formulados por la Fiscalía.

[132] Ver ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Marcial Pons, 2000. También FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder.* Valencia. Tirant lo Blanch, 2006.

[133] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Proceso Nº 24448 del 12 de septiembre de 2007.

[134] *Ibíd*.

En segunda instancia, el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó el fallo de primera instancia en sentencia del 28 de abril de 2005.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por los representantes de la parte civil y la Fiscalía, casando la sentencia de segunda instancia y declarando al teniente Campuzano como responsable en su calidad de coautor del concurso de homicidio agravado y concierto para delinquir.

- ***Tesis***

– *Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca:* "La posición de garante debe ser jurídica y no moral, no es suficiente para edificar sobre ella un delito de resultado a título de comisión por omisión.

> *"Esa postura debe ser concreta, no abstracta, e imputable en cuanto quien la ostenta crea o aumenta un riesgo, contexto dentro del cual el oficial del Ejército no era garante de la vida de todos los residentes en La Gabarra, pues tal deber solamente lo asumió formal, no materialmente.*
>
> *"No se le podía exigir que con un reducido grupo de hombres saliera de la base que era agredida y pusiera en peligro la vida de los soldados, a quienes debía proteger, porque no estaba obligado a afrontar un riesgo impredecible, pues si bien el asalto al poblado fue anunciado, nunca se avisó el día y hora exactos"*[135].

– *Tribunal Superior de Cundinamarca:* la conducta del teniente Campuzano genera una situación de riesgo que tiene origen en la imprudencia y no en el dolo.

La imputación por la creación de un riesgo hecha a título doloso excluirá la condena si se demuestra que la creación de dicho riesgo obedece a factores de imprudencia.

Al superior no puede exigírsele la toma de medidas que no estén a su alcance, como el caso de repeler un ataque contra la población civil en ausencia de personal suficiente y en concurrencia de un ataque a sus tropas.

– *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:* la responsabilidad penal de un superior ante una situación relacionada con el concepto de masacre se encuentra relacionada con la omisión de los actos necesarios para evitar una acción y/o el desarrollo de acciones que contribuyen a la realización de una acción delictiva.

En el primer caso se habla de una comisión por omisión, debido a que las Fuerzas Militares tienen una posición de garante respecto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, de forma adicional, cuentan con los instrumentos necesarios para protegerlos.

En el segundo caso, esto es, cuando se habla de acción, se está frente a una coautoría. En los hechos ocurridos en La Gabarra esta es la figura que debe aplicarse al teniente Campuzano Vásquez, pues permitió la realización de los delitos de homicidio ocurridos en dicha región mediante acciones tales como el permitir la libre circulación y la comisión de diferentes delitos por parte de las AUC.

Las amenazas públicas de un grupo subversivo respecto al ataque de cierta población determinada permiten a la Fuerza Militar conocer con antelación la posible comisión de delitos contra dicha población. Teniendo en cuenta lo anterior, el tomar acciones que permitan la comisión de dichos delitos demuestra la voluntad e intención de contribuir con el resultado. Este es el caso del teniente Campuzano y por ende su conducta debe ser imputada a título doloso en calidad de coautor con los miembros de las AUC que perpetraron los crímenes.

6.4.7. Sentencia de Unificación 1184 de 2001 - Corte Constitucional que permiten clarificar la Responsabilidad del Superior Jerárquico[136]

- ***Corte Constitucional***

Si bien en esta sentencia no está encargada de decidir acerca de la responsabilidad de los superiores, sí hace importantes afirmaciones a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

> *"En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión".*

[135] *Ibíd*.

[136] Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 1184 de 2001.

Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando esté frente a alguno de estos dos fundamentos de la responsabilidad: la creación de riesgos para bienes jurídicos que debe proteger o el surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Los peligros para los bienes jurídicos que debe proteger pueden surgir por las conductas de las personas (como fuente de riesgo) que están bajo la subordinación del superior.

El superior con autoridad y mando tiene el deber de tomar medidas que eviten que las personas bajo su control efectivo cometan conductas atentatorias de los derechos fundamentales. Si el superior no evita, pudiendo hacerlo, que su subordinado cometa un delito de lesa humanidad, al

> *"ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento de un deber funcional".*
>
> *"Para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República".*

La Constitución Política colombiana, en virtud de los artículos 2 y 217, le asigna a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, la "posición de garante derivada de la obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho".

En virtud de esta posición de garantes, las fuerzas militares tienen el deber de enfrentar las agresiones que se presenten contra los derechos constitucionales y los Derechos Humanos de los colombianos.

La única forma, jurídicamente válida, para que un miembro de las fuerzas armadas pueda abstenerse de realizar acciones de salvamento frente a ataques contra derechos constitucionales y humanos, es cuando no exista la posibilidad jurídica o fáctica de contrarrestar tales ataques.

Cuando un miembro de la fuerza pública permite que ocurran dichos ataques, bien sea por su acción o por su omisión, está violando su posición de garante.

> *"La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los Derechos Humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho"*[137].

6.5. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y SUS IMPLICACIONES

6.5.1. Del principio de obediencia debida y su significado en el Derecho colombiano

En derecho internacional penal y en derecho nacional, adquiere una especial relevancia el denominado Principio de ***obediencia debida,*** que en últimas es el que permite que exista disciplina, organización y que las Fuerzas Armadas Militares, así como las demás estructuras jerárquicas de poder funcionen correctamente en aras de cumplir los fines para los cuales fueron establecidas.

En términos simples implican la existencia de una *obediencia* por parte de los *subalternos* frente a las órdenes impartidas por quienes, dentro de una organización piramidal, ostentan un mayor rango o cargo que les permite o los hace competentes para hacer uso de dicha autoridad. Este principio, entonces, ha de observarse desde dos puntos de vista: primero desde el *inferior* que debe respeto y obediencia a su Superior, y respecto del *Superior* quien ejerce vigilancia y control sobre sus subalternos.

La consecuencia básica de su consagración es la existencia de un *eximente* de responsabilidad penal respecto de algunas conductas llevadas a cabo por el (la) *subalterno(a)* o *inferior jerárquico* en acatamiento o en "*obediencia*" de la orden emitida por el Superior, siendo éste el único responsable autor del delito de que se trate. Como veremos más adelante, para que tal eximente opere es precisa la concurrencia de unos exigentes requisitos.

En los diferentes regímenes y de conformidad con unos contextos históricos precisos y necesidades pertinentes, se

[137] *Ibíd.*

han consagrado diferentes formas de ***obediencia debida*** variando en cada caso la exigibilidad de dicha obediencia en contraposición con la justificación que puede constituir ante la comisión de conducta punible determinada, es decir, ante menor exigencia de obediencia mayor responsabilidad en cabeza del ejecutor de la orden, y viceversa, razón por la cual se hace indispensable determinar de qué clase de obediencia se está hablando.

Para algunos, se trata de una *obediencia absoluta,* al punto que el subordinado debe cumplir TODAS las órdenes que le sean emitidas, independientemente de su licitud o ilicitud. En esta clase de obediencia, sin embargo, existen dos posibilidades: una, que se exija el cumplimiento de la orden independiente de si el *inferior* ha vislumbrado el contenido antijurídico del mandato, o como se ha denominado en la doctrina *obediencia ciega,* o dos, que se permita al *subordinado* presentar la ilicitud de la orden ante el superior de forma que se pretende la cesación de la misma, viéndose en todo caso obligado a cumplirla si el superior insistiere en su ejecución. La diferencia entre una y otra es que en el segundo caso puede advertirse la irregularidad, exigiéndose para el ejecutor una mayor responsabilidad ante la reflexión respecto de las órdenes que le son emitidas, en contraposición del segundo evento en que simplemente debe dar cumplimiento al mandato. Así:

> *"Como es necesario conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales, es inevitable distinguir entre la obediencia militar «que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior»"*[138].

También puede tratarse de una *obediencia relativa,* en donde se sobrepone la *legalidad* ante la jerarquía o disciplina, siendo deber del subordinado dar cumplimiento únicamente a las órdenes que sean conforme a la ley y, por consiguiente, estando en el deber de abstenerse de dar cumplimiento a aquellas que no constituyan una orden *lícita.* Por supuesto, bajo estas condiciones, la responsabilidad del inferior jerárquico se ve ampliada ante la necesaria valoración que se exige respecto del mismo, ante las órdenes emanadas de sus superiores jerárquicos.

Una *obediencia ciega,* absoluta, es características de los regímenes dictatoriales supremos, y más que todo en las tiranías, en donde no se admite ningún tipo de cuestionamiento frente a las órdenes impartidas por los superiores. Sin embargo en la actualidad no se conoce de ningún Código Penal que la consagre. Uno de los antecedentes de esta clase de *obediencia* exigida constaba en la Ley de Obediencia Debida Nº 23.521 de la Argentina, del 4 de junio de 1987, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, ley en que se consagró una *Presunción de Derecho* que los hechos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas durante la denominada "*Guerra Sucia"* y el "*Proceso de Reorganización Nacional"* no eran punibles por haber actuado en virtud de *Obediencia Debida,* presunción que como se conoce no admite prueba en contrario y que en últimas conllevaba la consagración de una Obediencia ciega a las órdenes emitidas. Sin embargo esta ley fue derogada en marzo de 1998 junto con la Complementaria Ley de Punto Final, igualmente desaparecida años después. No obstante exista una ley de tal estirpe, la obediencia del inferior no podrá ser considerada no delictiva por estar amparada en el Derecho de su país en la medida que, conforme se observa en Unidad Posterior, no es posible oponer la legislación interna ante el Derecho Internacional por los especiales deberes que todos debemos cumplir dentro de este marco en respeto de la Dignidad Humana.

El real debate existe entre la obediencia absoluta denominada por algunos autores como *irreflexiva,* o la *obediencia relativa.* En el caso español, por ejemplo, se consagra en el artículo 8º que:

> *"Están exentos de responsabilidad penal (…) 12. El que obra en virtud de obediencia debida (…)".*

Obediencia debida que se tiene respecto de los superiores en todo aquello que pueden ser mandados los subalternos sin que sea su deber entrar a valorar los elementos que integran el mandato, viéndose en el deber de abstenerse a ejecutar la orden solo en el caso de que la misma sea manifiestamente contraria a derecho:

> *"El soldado no ha de examinar los planes estratégicos de sus jefes, el dependiente de justicia no tiene que ver con la rectitud de las providencias que ha de ejecutar (…) No compete a los subalternos el ir a buscar*

[138] Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, por la cual se hace Revisión constitucional del *"Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)"* hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

razones más o menos espaciosas, para eludir o negarse a obedecer lo que contienen. Esos motivos de examen no han de ser nunca de propósito inquiridos (…) Cuando es menester inquirirlos, desde luego dudamos de su legitimidad. Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego a la vista de todo el mundo (…)"[139].

Para el caso colombiano, resulta evidente el inminente rechazo frente a una *obediencia debida ciega,* de forma que se ha reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia que el subordinado debe abstenerse de acatar la orden cuando ésta sea manifiestamente ilegal, haciendo mención clara y específica de una obediencia debida Esta posición se explica con gran claridad en Sentencia de la Corte Constitucional Nº T-363 de 1995, cuyos principales apartes en seguida se transcriben:

"La obediencia que el subalterno debe a su superior en el ámbito propio de la disciplina castrense, cuyo sentido radica en asegurar la eficacia de la actividad confiada a los cuerpos armados –la cual resultaría erosionada si cada mandato fuera controvertible y controvertido por los inferiores con argumentos de orden jurídico–, no equivale al seguimiento absoluto y ciego de las instrucciones recibidas, pues por una parte el superior está obligado a impartirlas con arreglo a criterios de juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad y dentro del estricto respeto a los Derechos Humanos, y, por otra, no obstante que la responsabilidad por violación de la Constitución habrá de recaer sobre quien da la orden, el subordinado goza del derecho inalienable, garantizado por el artículo 22 de la Carta, de no ser obligado a actuar contra su conciencia.

"La distinción que precede no sacrifica la disciplina militar sino que la somete al ordenamiento jurídico, encuadrando las relaciones de mando y obediencia en presupuestos que rechazan por igual el abuso del poder y el desorden en las filas".

"La obediencia debida es el principio general al que deben acogerse las relaciones entre superiores y subalternos militares y que solamente en casos de palmaria, evidente e indudable trasgresión de los límites constitucionales, mediante órdenes que afecten de modo directo los Derechos Humanos, es permisible al inferior acogerse a los dictados de su conciencia para hacer que en el caso concreto prevalezcan la Constitución y el respeto a la dignidad humana. Es decir, el inferior no está obligado a la obediencia ciega pero tampoco le es posible cobijar, bajo el amparo de razones puramente subjetivas, la oposición a mandatos que no pugnen con el orden constitucional".

Aclarando en todo caso que la responsabilidad que se puede derivar en cabeza suya ante una eventual presencia de orden ilegal, sólo operará en la medida que la ilicitud de la orden sea manifiesta, pues de lo contrario se afectaría gravemente la disciplina y funcionamiento esperado ante la revisión constante de las órdenes recibidas, sino además por garantía del Sistema y de los derechos propios de los subalternos o subordinados:

"La obediencia debida es el principio general al que deben acogerse las relaciones entre superiores y subalternos militares y que solamente en casos de palmaria, evidente e indudable trasgresión de los límites constitucionales, mediante órdenes que afecten de modo directo los Derechos Humanos, es permisible al inferior acogerse a los dictados de su conciencia para hacer que en el caso concreto prevalezcan la Constitución y el respeto a la dignidad humana. ***Es decir, el inferior no está obligado a la obediencia ciega pero tampoco le es posible cobijar, bajo el amparo de razones puramente subjetivas, la oposición a mandatos que no pugnen con el orden constitucional"***[140].

Existen variadas sentencias[141] donde se refleja esa denegación del principio de Obediencia debida ciega y, por el contrario, si bien se reconoce este deber con miras a proteger la disciplina que caracteriza la organización castrense, se exige la abstención de cumplir una orden que se configure como manifiestamente ilegal, so pena de responder en forma directa el ejecutor de la misma, responsabilidad que se extiende a los eventos de presunción de ilegalidad manifiesta, sin que sea permitido cuestionar las órdenes que se emiten:

[139] PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Publicado por Vda de Perinat, 1856. Autor Spain. Procedente de la Universidad de Harvard digitalizado el 6 de marzo de 2008.

[140] Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1998, en que se hace Revisión de constitucionalidad de la Ley 409 del 28 de octubre de 1997, "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura".*

[141] Corte Constitucional. Sentencias C-578 de 2002, C-580 de 2002, C-141 de 1995, C-225 de 1995, T-363 de 1995, C-578 de 1995, C-431 de 2004, C-551 de 2001, C-444 de 1995, T-215 de 1004, C-351 de 1998, T-962 de 2000, entre otras.

> *"No obstante, dado que el principio de obediencia debida es la regla general sobre la que se fundan la disciplina y respeto del orden jerárquico, columnas vertebrales de la institución militar, esta posibilidad de demandar explicaciones debe ser absolutamente excepcional y restringida al evento de órdenes inconstitucionales por posible violación de derechos fundamentales o de la dignidad humana. Por fuera de este evento no caben demandas de explicación sobre órdenes, reconvención u observaciones provenientes del superior militar"*[142].

Las consecuencias de una u otra concepción van a influir en el resultado de su alegación como defensa en un proceso determinado, asunto frente al cual se ha generado polémica, de forma que parte de la doctrina la considera como una causal de *justificación,* en otros casos se contempla como una causal de error o incluso de inexigibilidad, y en todo caso algunos autores consideran que en presencia de o*bediencia debida* hay ausencia de acción. Se observan las diferentes teorías en particular.

6.5.2. De la naturaleza jurídica de la "Obediencia Debida"

Conforme se expuso, existen diferentes teorías sobre lo que constituye la *Obediencia Debida* en el marco del derecho penal. Se observan en detalle a continuación:

a) De la obediencia debida como una causal de justificación y como causal de atipicidad

En algunos países como en el nuestro[143] se ha considerado a la "*obediencia debida"* como una causal de justificación, algunos consideran que de atipicidad, claro está con diferentes matices dentro de lo que podría denominarse una clasificación de la *obediencia debida,* de forma que en algunos casos es considerada eximente de responsabilidad ante la anulación de la *anitjuridicidad* de la conducta por presencia de una orden de autoridad a que se debe obediencia por el simple hecho de preceder la Orden, y en otros casos se admite siempre que la *ilegalidad* de la misma no fuere manifiesta, aspecto que se revisa con mayor detalle líneas adelante al abordar el estudio en materia de derecho internacional. Hasta este momento, lo que se requiere saber es que se ha considerado en algunas partes del mundo, que en los eventos en que existe *Obediencia Debida,* se elimina *antijuridicidad formal* de la conducta, de forma que se opone al delito una ***permisiva.***

Sin embargo, es esta una de las posiciones más debatidas en la medida que el ejecutor y autor material directo del delito estaría exento de responsabilidad, y en todo caso no habría posibilidad de vincular a los partícipes ya que no existe participación en los actos justificados.

b) De la obediencia debida como ausencia de acción - "De la autoría mediata en las estructuras de poder organizadas"

Otra parte de la doctrina adopta la posición inicialmente planteada por ROXIN, consistente en considerar que en los casos de o*bediencia debida* de lo que se trata es de una a*usencia de acción* en cabeza del *subordinado,* en la medida que este no actúa por sí mismo, sino que se convierte en un *instrumento* del Superior.

Bajo esta teoría existe un sujeto llamado autor, quien es el superior jerárquico que emite una orden, y otro sujeto llamado instrumento, el inferior jerárquico que en virtud de la Obediencia debida debe dar cumplimiento al mandato emanado del primero, siendo este segundo utilizado como *instrumento o como medio* para realizar la conducta punible, radicando el dominio del Hecho en el *Hombre de atrás (autor),* desarmándose la voluntad del *instrumento* por error o por coacción.

La teoría de Roxin, y posteriormente sustentada por diferentes autores, como es el caso de Kai Ambos, plantea, sin embargo, que además puede haber un por razón diversa a la *coacción* o al *error,* y que existe una *tercera forma de dominio de la voluntad* por parte del denominado "*Sujeto de Atrás"* a través de *Las estructuras de poder organizadas*, de forma que se utiliza al agente como *instrumento* que no tiene la *intención* para la comisión del delito, concibiendo éste último como la simple *ejecución de una orden,* es esto lo que denomina: "***Dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas"*** y que plantea en los siguientes términos:

> *"El sujeto de detrás tiene a su disposición una «maquinaria» personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus*

[142] Corte Constitucional. Sentencia C-431 2004, en que se Demanda constitucionalidad de los artículos 25, 26, 33, 40, 41, 42, 45, 47, 48, 49, 50, 58-1, 58-10, 59-1, 59-2, 59-6, 59-22, 59-35, 59-38, 59-46, 60-1, 60-4, 60-6, 60-8, 60-19, 60-22, 60-60 de la Ley 836 de 2003, *"Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.*

[143] C.P. colombiano, art. 32. Igualmente es el caso de Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador e Italia.

crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor"[144].

Sin embargo, cabe advertir que diversos autores han empleado esta teoría a partir de fundamentaciones que resultan insuficientes y fácilmente controvertibles a la luz del derecho, tales como considerar que esa "*Autoría mediata"* se deriva del "*dolo"* con que actúa el agente, quien se afirma no poseería el *dolo de autor*, diferenciación que se emplea usualmente para distinguir entre quien es autor y quien es partícipe de una conducta punible, principalmente para diferenciar al *inductor* del *autor mediato* entrando en una discusión que no resuelve el problema y que se enfrentaría a asuntos, igualmente de discusión, como lo es la *Teoría del dominio del hecho,* y en todo caso, la insostenibilidad de la teoría en la medida que de confundirse con la *inducción* sí respondería el Sujeto de adelante o en caso de no responder TAMPOCO lo haría el sujeto de atrás, resultado claramente lesivo a los intereses del Derecho Internacional Penal.

La clave se encuentra entonces en reconocer y tener claridad frente a la calidad de *instrumento* que ostenta el Sujeto de "*adelante"* o Subordinado, y en la fuente de esa *instrumentalidad*. Dice Roxin sobre el particular:

> *"Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona «automáticamente» sin que importe la persona individual del ejecutor. (…) El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor"*[145].

De esta forma, como lo plantea Roxin, en este evento no se discute la libertad del sujeto al momento de actuar, como ocurriría en un caso de coacción o de error, pues la misma es plena y evidente; de lo que se trata es que "*el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible*"[146] sin que se trate aquí de un evento de causalidad de reemplazo *latente* en virtud del cual se exonera un sujeto por cuanto en todo caso el delito se habría producido, causalidad que no tiene admisibilidad en la mayoría de ordenamientos jurídicos, sino de la catalogación como *instrumento* de quien es fácilmente sustituible. *"Si uno fracasa otro le va a suplir y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del Sujeto de detrás*"[147]. Según la teoría que se viene revisando, entonces, se tiene una menor responsabilidad por parte del ejecutor que más se acerque a la estructura de Poder, siendo inversamente proporcional frente a la o*bediencia debida.*

Sin embargo, bajo la hipótesis de Roxin, esta forma de *autoría mediata* se circunscribe únicamente a los aparatos que se encuentran al margen de la legalidad, de forma que se vuelve a lo que se mencionó al inicio de la *Prelación de la Legalidad* siendo INEXISTENTE el dominio ante el rango supremo de la Ley. En palabras de Roxin:

> *"(…) en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del Sujeto de detrás"*[148].

De forma que en los eventos en que dentro de un grupo armado, conforme a ley, se emita una orden ilícita, no se trata del funcionamiento normal del aparato sino de un actuar que atenta contra el aparato mismo y que por ende no tiene dominio de voluntad alguno, lo que quiere decir entonces que sólo puede plantearse esta teoría de *autoría mediata* para los casos en que es el propio poder estatal el que opere al margen de la ley y con ayuda de sus subordinados incurran en delitos, o en todo caso para los grupos al margen de la ley. Sin embargo, este elemento de la *autoría mediata* en estructuras organizadas de poder se ha visto matizada y es uno de los elementos más controvertidos de esta postura, en la medida que se considera que no se trata de la legalidad o ilegalidad de la organización, sino de la existencia real de una estructura de Poder que dé cabida a los restantes requisitos.

Bajo este entendido, los requisitos para su estructuración serían básicamente:

[144] ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Título "245. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas". Editorial Marcial Pons, pp. 267 a 278.

[145] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho…, ob. cit.,* pp. 267 a 278.

[146] ROXIN, Claus, *ob. cit.,* pp. 267 a 278.

[147] ROXIN, Claus. *Ibídem.*

[148] ROXIN, Claus. *Ibídem.*

> *"Por supuesto, y para empezar, la existencia de una organización jerárquica con una pluralidad de miembros, y además: 1.- El dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida. 2.- La fungibilidad del ejecutor: el ejecutor –que no es irresponsable– debe ser libremente intercambiable. 3.- Que el aparato u organización actúa como un todo al margen de Derecho. Aunque como es sabido, posteriormente Roxin ha matizado este requisito, y el mismo es discutido por una parte de la doctrina"*[149].

La presencia de una Estructura de Poder Organizada (no puede tratarse de cualquier organización), de la existencia de una relación de Subordinación en virtud de la cual se haga palpable el principio de o*bediencia debida.* Debe tratarse además de una Estructura que actúe al margen de la ley (alguna de las opciones anteriormente enunciadas) y en todo caso debe revisarse en cada caso concreto el real funcionamiento de la "*maquinaria"*, de forma que exista esa *fungibilidad.* Sobre esto último Kai Ambos dice:

> *"La jurisprudencia exige, además, que en tal tipo de casos el hombre de atrás aproveche la disposición incondicional del autor directo para la realización del tipo penal"*[150].

c) De la obediencia debida como causal de error

Esta posición lo que plantea es una *Presunción de Legalidad* o de *Legitimidad* de las órdenes que le son impartidas, de forma que en los eventos que no lo son realmente, el agente actuaría bajo un *error* ante la creencia de actuar lícitamente.

Sin embargo, estaríamos bajo un contexto de *obediencia ciega,* en donde el ejecutor no se detiene a revisar la orden que le es impartida y acude a su cumplimiento sin reflexionar sobre su legalidad, lo que le impide además cualquier clase de advertencia o revisión del contenido de la misma, acatándola confiado en una *presunción de legalidad* del mandato. Es esta la razón por la que no ha tenido mayor acogida, además de los claros conflictos que se generarían al entrar a discutir sobre la invencibilidad o vencibilidad del error y los efectos de uno y otro evento, especialmente ante la conducta que debe desplegar el *Inferior Jerárquico* tras vislumbrar el contenido ilegal de la orden.

d) De la obediencia debida como causal de inexigibilidad

Algunos autores se han apartado de las posiciones antes planteadas para argumentar que la obediencia debida en realidad comporta una causal de ausencia de culpabilidad en la medida que al sujeto a quien le es emitida una orden , de forma que se reconoce que el *Subordinado* se encuentra en una especial circunstancia que motiva un actuar diverso en donde no existe completa autodeterminación derivada del curso natural o manejo habitual disciplinario y estricto de las organizaciones o estructuras de poder, que conllevan a que en la estructura piramidal los inferiores obedezcan a sus superiores.

Estas son las diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida dentro de un marco tanto de derecho nacional como internacional, sin embargo, en seguida se observa con detalle de qué forma se ha concebido dentro del ordenamiento jurídico interno, y en general en el Estatuto de Roma y Derecho Penal Internacional.

6.5.3. Elementos generales de la obediencia debida

Los elementos que integran la obediencia debida, en forma general, son los que en seguida se enuncian:

- Relación de subordinación.
- Debe existir una orden.
- La orden debe ser legítima.

Sin embargo, en cuanto abordemos el asunto en materia de Derecho NACIONAL e Internacional, observaremos que existen mayores requisitos y elementos que componen esta especial circunstancia que puede conllevar a exonerar de responsabilidad penal.

---

149 AMBOS, Kai y otros. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado.* Editado por GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Editorial Temis y Georg-August. Universitat Gottingen, Capítulo IV "*El Caso Español"* a cargo de la Doctora ALICIA GIL GIL, p. 119.

150 AMBOS Kai y otros. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado.* Editado por GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Editorial Temis y Georg-August. Universitat Gottingen, Capítulo I "*El Caso Alemán"*, p. 27.

6.5.4. De las implicaciones de la obediencia debida en el derecho nacional

Este principio de obediencia debida tiene reconocimiento constitucional, inclusive desde la Constitución de 1886. Así, consagraba en su artículo 21 lo siguiente:

> *"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.*
>
> *"Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".*

Esta norma se reprodujo en forma exacta en la Constitución de 1991 vigente en Colombia en el artículo 91:

> *"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.*
>
> *"Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".*

Allí se contempla, conforme se observa del texto citado, en manera exclusiva respecto de los *militares en servicio,* de forma que se hace prevalecer la disciplina y obediencia militar, frente a la legalidad misma en estos eventos precisos, debiendo los subordinados dar cumplimiento a los mandatos que les sean emitidos y viéndose avocados a responder, en caso de incurrir en alguna arbitrariedad, el superior que ha emitido la orden correspondiente.

Es esta la razón por la cual, además de la consagración constitucional a que se ha hecho mención, el Código Penal en el artículo 32, num. 4º, consagró el seguimiento de *Orden Legítima* como causal de exoneración de responsabilidad, dentro de las causales de justificación que eliminan la *antijuridicidad* de la conducta.

Los requisitos para que exista este amparo legal son:

a) Existencia de Relación de Subordinación

Entre el Superior y el Inferior Jerárquico debe existir una *relación de subordinación* propio de las estructuras piramidales a que se hizo alusión al inicio de este aparte, relación que debe venir consagrada de esta forma en la ley, como se verá con mayor claridad al momento de revisar lo correspondiente a las *Líneas de mando* y que permiten establecer quién es el que *Manda* y quién es la persona que *Obedece,* y que por consiguiente se ampara en este principio de *obediencia debida.*

Cabe aclarar que esta relación no puede desbordar los límites, de forma que se trate de una *coacción* o de un *error,* pues se trata de la emisión de una orden a que se da cumplimiento por razón de la o*bediencia debida.*

> *"En primer lugar, es indispensable la existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el Superior jerárquico, gobernada por los cánones propios del derecho público, que es producto del principio de jerarquía que preside toda la organización de la administración pública (Constitución Política, artículos 209 y 210); desde luego, el subordinado puede ser también un particular, cuando por mandato legal tenga el encargo de cumplir una determinada función administrativa (Constitución Política, artículo 210-2) o cuando, en razón de circunstancias expresadas en la ley, se encuentre obligado a obedecer las órdenes de la autoridad"*[151].

Sobre este requisito dijo la Corte Constitucional:

> *"En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor"*[152].

b) Debe haberse emitido alguna orden

> *"Por «orden» en un sentido técnico –no en la acepción común del vocablo–, debe entenderse un mandato dirigido por el Superior a un Subordinado jerárquico encaminado a obtener de éste un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura*

[151] VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 3ª ed. corregida y actualizada. Medellín, Colombia. Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2007, p. 368.

[152] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

legal correspondiente; de ello se infiere, entonces, que no basta con el mero deseo o ruego, sino que debe tratarse de una manifestación expresa, inequívoca y terminante de la voluntad del Superior, dirigida al inferior o al particular para que este observe la conducta requerida"[153].

La orden puede revestir cualquier forma, es decir, puede ser verbal o escrita, claro está, siempre que se trate de una *orden formal* de conformidad con la normatividad correspondiente, como en seguida se revisa.

Cabe aclarar que en este punto se diferencia el régimen de obediencia debida que se acoja, según se expuso al inicio de este aparte.

"(…) la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo"[154].

c) La orden debe ser legítima

De esta forma, ha establecido la doctrina y la jurisprudencia que la orden debe ser legítima, es decir: "*ha de tener un contenido lícito y no implicar la realización de un hecho punible; debe, pues, en otras palabras, ser conforme a derecho"*[155].

La Corte sobre el particular dijo:

"El principio de obediencia debida sólo cobija las órdenes militares legítimas, esto es, aquéllas que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a la fuerza pública y que se cumplen a través de procedimientos y medios ajustados al ordenamiento jurídico"[156].

Exigencia estricta al interior del Derecho colombiano, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, en donde se sobrepone la *disciplina militar* sobre el cumplimiento de la ley, al punto que en algunos países, salvo que la ilegalidad sea manifiesta, no le es permitido al subordinado cuestionar o siquiera revisar el contenido legítimo de las órdenes que les son impartidas. Es así que la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"La orden debe ser legítima; que aún cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91 pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución"[157].

El único caso en donde le es permitido al subordinado ejecutar la orden siendo esta ilegítima es por la duda sobre la legalidad material:

"Todas estas órdenes son formal y materialmente antijurídicas, y jamás el subordinado o el particular podrán invocar la justificante cuando las ejecuten (…) ante órdenes formalmente legítimas, pero materialmente ilegales (…) el subordinado no puede ejecutarlo, y si lo hace, no puede invocar la justificante (…) Ahora bien, aun si el subordinado tuviese dudas sobre la legalidad material, debe cumplir la orden, pues, ante los deberes que se le imponen, el de ejecutarla preponderará, siempre y cuando no haya medio alguno a su alcance para despejar la duda"[158].

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"No se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los Derechos Humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate,

[153] VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general.* 3ª ed. corregida y actualizada. Medellín, Colombia. Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2007, p. 368.

[154] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[155] VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 3ª ed. corregida y actualizada. Medellín, Colombia. Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2007, p. 368.

[156] Corte constitucional. Sentencia C-578 de 1995, en que se resuelve la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) del Decreto Ley 85 de 1989.

[157] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de junio de 1995, Expediente Nº 9785, con ponencia del Doctor Carlos E. Mejía Escobar.

[158] VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 3ª ed. corregida y actualizada. Medellín, Colombia. Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2007, p. 368.

la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el Derecho Internacional Humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano"[159].

En otra ocasión precisó:

"Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. «La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización»" [160].

Aspecto que se reitera con mayor precisión en la Sentencia de la Corte Constitucional Nº C-580 de 2002, así:

"Esta causal de exoneración es aplicable únicamente cuando se establece que el inferior pudo tener una duda razonable acerca de la licitud de la orden, pero no lo es cuando la orden es manifiestamente delictiva"[161].

d) La orden debe ser legal en su forma

"Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales"[162].

Esto quiere decir que debe el Superior tener competencia para expedirla, el inferior debe ser competente para ejecutarla, y en todo caso la expedición ha de ser conforme a las prescripciones legales correspondientes descritas en la ley para cada caso en particular.

- ***Competencia de la autoridad que emite la orden***

Es uno de los elementos esenciales para que la persona se pueda amparar en esta causal de justificación: la orden debe ser proferida por la autoridad competente para tales efectos. La Corte Constitucional se refirió a este elemento en los siguientes términos:

"(…) En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior"[163].

- ***El inferior o subordinado que acata la norma debe tener la competencia para cumplir la orden***

Igualmente, en atención al Principio de Legalidad característico en el sistema colombiano, consagrado con mayor claridad en el artículo 6º de la Constitución, de forma que no sólo se exige que el Superior tenga dentro de sus atribuciones la emisión de la orden, sino además que el inferior jerárquico a quien se dirige la misma tenga la facultad legal o las atribuciones para llevarla a cabo.

[159] Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, por la cual se hace Revisión constitucional del *"Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)"*, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

[160] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

[161] Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002, en que se hace revisión oficiosa de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*", hecha en Belem do Pará el 9 de julio de 1994.

[162] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

[163] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

- ***Cumplimiento de formalidades legales establecidas en la ley***

Esto quiere decir que la orden que se emita debe corresponder con el procedimiento consagrado en la ley:

> *"Es tan rigurosa esta exigencia que obliga al subordinado a reparar en todos y cada uno de los requisitos previstos en la ley, y basta la falta de uno de ellos para que no pueda ampararse en la justificante (…) En esta materia, más que en ninguna otra, es necesario extremar las exigencias, pues siempre está en juego la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de la persona humana"*[164].

e) Elemento subjetivo

En Colombia, y en todo caso dentro del marco del derecho internacional, todas las causales de justificación contienen elementos subjetivos que deben ser necesariamente acatados. Para el caso que se revisa, se exige que el agente (subalterno) actúe con la finalidad de cumplir con el mandato recibido, teniendo entonces el subalterno por fin dar cumplimiento a la orden y debe hacerlo con tal voluntad.

f) En todo caso: No tiene cabida en los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura

Casos todos en los cuales el agente debe abstenerse de dar cumplimiento a la orden que es proferida, so pena de no verse cubierto por esta causal de justificación y verse avocado a responder por el delito correspondiente. Con mayor detenimiento, en lo atinente al delito de *desaparición forzada*, se observa en la Sentencia de la Corte Constitucional Nº C-580 de 2002, en que se hace revisión oficiosa de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*" hecha en Belem do Pará el 9 de julio de 1994, donde se dijo, en términos generales:

> *"En la medida en que atentados contra los Derechos Humanos como la desaparición forzada constituyen conductas abiertamente ilegales, y que no se requieren mayores conocimientos jurídicos para comprender este hecho, no pueden considerarse susceptibles de esta causal de exoneración de responsabilidad"*[165].

En forma general, respecto de los restantes delitos:

> *"La referencia expresa que se hace de ellos, en forma enunciativa, simplemente resulta coherente, como lo recuerda la vista fiscal, con el artículo 91 inciso primero de la Carta, así como con los diferentes textos de derecho internacional aplicables en nuestro ordenamiento en este campo (art. 93 C.P.), en los que expresamente se excluye la posibilidad de acudir a la obediencia debida para excusar los actos de genocidio, desaparición forzada y tortura, así como otras conductas claramente prohibidas en cualquier circunstancia"*[166].

La consecuencia última de toda esta consagración deriva en la ausencia de responsabilidad penal del subordinado en los eventos mencionados, y con el cumplimiento de los requisitos antes citados y analizados, bajo la defensa de la *obediencia debida* y por consiguiente la ausencia de sanción o persecución en Corte Marcial o Proceso ante Justicia Penal Militar por desobediencia o indisciplina cuando se aparte el subordinado del cumplimiento de un mandato ilegal. Todos estos requisitos, sin embargo, en capítulo posterior, habremos de observarlos frente a la normatividad internacional que en seguida se revisa.

6.5.4. De las implicaciones de la Obediencia Debida en el Derecho Internacional

En materia de derecho internacional el desarrollo de este principio, al contrario de lo que ocurrió en el derecho nacional, ha tenido una evolución un poco más compleja y controversial ante las constantes discusiones derivadas de la admisibilidad o inadmisibilidad de esta defensa en materia de Derecho Penal Internacional.

Si bien en un principio la defensa de o*bediencia debida (Superior Orders)* fue ampliamente reconocida, especialmente en el juzgamiento de los crímenes cometidos durante la Primera Guerra Mundial, ante la evidente

[164] VELÁSQUEZ V., Fernando, *ob. cit.*, p. 368.

[165] Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002, en que se hace revisión oficiosa de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*", hecha en Belem do Pará el 9 de julio de 1994. Igualmente, Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[166] Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

impunidad derivada de esos primeros casos los aliados vieron la necesidad de exigir una mayor represión frente a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, pues era claro que esta sería la principal defensa a presentar. Es esta la razón por la que en el Estatuto por el cual se constituyó el Tribunal Penal Internacional de Nuremberg se consagró como Principio:

> *"El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo".*

Igual ocurrió en el caso de Ayakesu:

> *"establecieron que una persona que actúe en calidad de jefe de Estado o de autoridad de éste, o en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un Superior Jerárquico, no será por ello exonerada de responsabilidad"*[167].

Sin embargo los casos en que el Tribunal lo estimaba justo, y que conllevaban a una disminución de la sanción punitiva, eran bastante reducidos, y empezaron a plantear parte de las discusiones que hoy se encuentran más desarrolladas pero que aún persisten, como lo era la exigencia de ausencia de posibilidad de elección moral (*moral choice*), o la admisión de esta clase de defensa ligada a otras concurrentes.

Así, se plantea que el deber de obediencia se encuentra circunscrito a la legalidad del mandato cuya obediencia se espera[168]. Se observan en forma general estas discusiones:

6.5.6. Del fundamento de la discusión ante la admisibilidad de esta clase de defensa

Una de las mayores discusiones que se han generado en el marco del Derecho Penal Internacional es de aceptar como *defensa* eximente de responsabilidad la obediencia debida (*Superior Orders*) ante el dilema que se genera tanto para el derecho y posterior persecución de los crímenes, como para el soldado que se enfrenta a tener que decidir entre desobedecer la orden que le es impuesta a riesgo de un juicio o corte marcial, o de obedecerla con el riesgo que le sea adelantado un proceso penal:

> *"El argumento de Órdenes del Superior, presenta en la práctica un dilema para el soldado que se enfrenta ante una orden ilegal, quien «puede (…) ser responsable ante una Corte Marcial por desobedecer la orden, o ser llevado ante un Juez y un jurado si la obedece»"*[169].

Desde entonces la discusión se ha centrado en dos (2) polos opuestos: el primero, la doctrina que se ha denominado "*respondeat superior*" (en español: *responsabilidad del superior,* en francés *l´obéissance passive),* de conformidad con la cual la obediencia de las órdenes en forma inmediata excusa al inferior de toda responsabilidad criminal, teoría bajo la cual se atenta contra la supremacía de la Ley y se exige del agente la *obediencia ciega,* y la doctrina de "*absolute liability*", o absoluta responsabilidad (*les baionnettes inteligentes* en francés), en virtud de la cual la obediencia de las órdenes superiores no constituye defensa en sí misma, aun cuando se revisa a efectos de mitigación o disminución de la pena, teoría bajo la cual se pone en vilo la obediencia y disciplina que caracterizan las organizaciones militares, y se exige que "*El soldado debe examinar las órdenes que son emitidas por el Superior, y negarse a obedecer la orden de cometer un crimen*"[170]. Con ocasión de esta doctrina se pretende que la prevención de los crímenes esté por encima de la obediencia militar.

Durante el Tribunal de Nuremberg surgió una tercera doctrina, la cual no tuvo acogida, y es la que se denominó "*Fuhrerprinzip*", en virtud de la cual

[167] PRIETO SAN JUAN, Rafael A. *"Akayesu, El primer juicio Internacional por Genocidio"*, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, y Biblioteca Jurídica DIKÉ, pp. 158 a 159.

[168] Traducción nuestra: *"The duty to obey is limited to the observance of orders which are lawful "* - PAUST Jordan J., BASSIOUNI M - Cherif, WILLIAMS Sharon A, SCHARF Michael, GURULÉ Jimmy y ZAGARIS Bruce; "*International Criminal Law- Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses",* p. 1362.

[169] Traducción nuestra: *"The plea of Superior orders presents a harsh practical dilemma for a soldier faced with an illegal order, who "may…be liable to be shot by a Court- martial if he disobeys an order, and to be hanged by a judge and jury if he obeys it",* tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991"*, Julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge, p. 1.

[170] Traducción nuestra; "*the soldier must examine superior orders given to him, and refuse to obey an order to commit a crime",* tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* Julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge, p. 2.

> *"Cada Füerher tiene el derecho a gobernar, administrar o decretar sin ningún control de ninguna clase y bajo su completa discreción, sujetos (los subordinados) únicamente a las órdenes que recibió de las mencionadas"*[171].

Es decir, cada *Füerher* tiene el derecho a gobernar, administrar o decretar sin estar sujeto a ninguna clase de control a su completa discreción, sujeto únicamente a las órdenes emitidas. Sin embargo esta defensa, que se configuró como la tercera doctrina, no tuvo acogida en el Tribunal de Nuremberg y no se discutió nuevamente.

A partir de la controversia entre estos polos opuestos, se han desarrollado importantes principios en Derecho Penal Internacional, aun vigentes, como son el de *ilegalidad manifiesta, conocimiento personal* y *mens rea.*

En virtud del principio de *ilegalidad manifiesta,* debe valorarse si el contenido ilegal era o no manifiesto y de acuerdo a dicha determinación existirá o no responsabilidad penal[172]. El problema de esta teoría es que tiende a ser objetiva, de forma que se presume el conocimiento subjetivo del soldado y se deja la carga de la prueba a la defensa sobre la ausencia de *evidencia* de la ilegalidad de la orden que se recibe.

El principio de *conocimiento personal*, en virtud del cual se cuestiona sobre el *conocimiento personal* de la ilegalidad de la orden consiste en que

> *"Un acusado no debe ser declarado responsable, bajo la ley internacional, por un acto criminal ejecutado en obediencia de una orden Superior si lo comete sin estar consciente de la ilegalidad"*[173].

A lo que se refiere este principio es a la importancia de que la *ilegalidad sea manifiesta,* especialmente porque los soldados no pueden tener la "*facultad"* de determinar qué orden es legal y cuál no, pues afectaría gravemente la disciplina militar que requiere de inmediata obediencia.

Finalmente, el principio de *mens rea (dolo)* hace alusión a la ausencia de responsabilidad penal en el caso que falte el elemento subjetivo del tipo[174].

A lo largo de la historia, igualmente, se han presentado varias discusiones frente a la admisibilidad de esta defensa en materia de Derecho Penal Internacional, así en un primer momento Arabia Saudita, la Unión Soviética, Estados Unidos, entre otros, se encontraban a favor de la prohibición o inadmisibilidad de la alegación de la *Obediencia Debida ("Superior Orders")* como defensa, mientras que países como Siam y Venezuela solicitaban la inclusión de esta defensa. La discusión se tornó frente a la necesidad de consagración escrita del principio como norma independiente o al mantenimiento del principio desde Nuremberg, en donde se aceptó la defensa únicamente en la medida que se uniera a la de *compulsión* o *coerción,* es decir, únicamente en la medida que el sujeto demostrara el peligro inminente de su vida o bienestar ante el incumplimiento de la orden, misma idea seguida en el Tribunal de Tokio, en donde se hizo mayor énfasis en el Test Moral planteado en Nuremberg.

En los posteriores juicios de Nuremberg se empezó a aceptar la defensa, pero no ya como un eximente de responsabilidad, sino como un mitigante de la misma, flexibilizándose un poco la negación absoluta inicialmente planteada, posteriormente ampliada a partir del principio del Test Moral (*Moral Choice Test*) en algunos eventos con la exigencia de coacción, en otras de forma independiente, introduciéndose en forma posterior por los americanos la teoría del propio conocimiento.

---

171 Traducción es nuestra "*each Füerher has the right to govern, administer or decree subject to no control of any kind and at his complete discretion, subject only to the orders he received from above.* Tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge, p. 17.

172 Traducción nuestra: "*is not criminally responsable, provided the illegality of the order is not clear on its face"* tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* Julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge, p. iii.

173 Traducción nuestra: "*an accused should not be held responsible, under international law, for a criminal act executed in obedience to a superior order if he committed the act without being aware of its illegality*", Tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law,* p. 3. *Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge.

174 Tomado de KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge.

Se extendió entonces de la ilegalidad manifiesta al conocimiento personal, exigiendo ya no sólo que la ilegalidad fuere manifiesta, sino que si por conocimiento personal supiere de la misma habría de abstenerse de acatar el mandato.

La discusión final arrojó la ausencia de nueva consagración hasta el Sexto Comité, en que la Unión Soviética planteó una enmienda que propendía porque se consagrara "*Command of the Law or Superior orders shall not justify genocide*"; sin embargo, una vez más fue rechazada.

La experiencia que arrojan los Tribunales *ad hoc* es una clara oposición al establecimiento de dicha defensa, admitiéndolo únicamente como causal disminuyente de responsabilidad en caso que el Tribunal lo considere justo[175].

6.5.7. De la coexistencia de "Órdenes del Superior" (*Superior Orders*) y coerción (*coercion or duress*)

Es amplia la doctrina que ha confundido ambas defensas, o que ha pretendido aducirlas como una sola. Esto ha ocurrido en la medida que con la enunciación del principio consistente en "*Elección Moral*" (*Moral Choice*), se estaría anunciando que no basta con la existencia de la Orden del Superior, sino que además ese juicio moral en virtud del cual el subordinado debe vislumbrar la ilegalidad del mandato, y en consecuencia abstenerse de llevarlo a cabo por razón de la elección moral que debe hacer en el sentido de hace prevalecer la legalidad y la dignidad humana. En caso que se persista en el cumplimiento de la orden, el subordinado estará absuelto de responsabilidad sólo en el evento en que no era posible el juicio moral a que se ha hecho alusión, de donde han inferido algunos autores que se estaría exigiendo con dicha consagración en los Tribunales *ad hoc* la presencia de coerción para dar aplicación a la defensa de "obediencia debida".

> *"El Tribunal implicó que las órdenes de los superiores podrían ser defensa cuando existiera ausencia de elección moral"*[176].

Este reconocimiento se hace con fundamento en que la ley no exige a nadie que se haga un cumplimiento de un mandato que pueda afectar o generar serios daños a sí mismo, con el fin de evitar la comisión de un crimen. Lo que es importante en este punto es que se trate de un daño serio que anule la elección moral, que sea real e inevitable.

La consecuencia es la aceptación de esta defensa en Derecho Penal Internacional, en donde no sería relevante la evidencia de la ilegalidad de la orden, pues, precisamente, el juicio moral no era posible y a nadie le es exigible actuar en perjuicio propio, aun cuando sea para evitar un crimen. Sin embargo, debe aludirse aquí que debe haber proporcionalidad entre el daño causado al agente y el que se genera con el crimen, de forma que no puede por temor a un juicio marcial incurrir en conducta punible, o por temor a un llamado de atención. Es esta la razón por la cual parte de la doctrina se refiere a esta defensa (*duress*) como *estado de necesidad coactivo.*

> *"Una persona actúa bajo coerción cuando se vea compelido por otra persona bajo una inminente amenaza o fuerza o uso de la fuerza dirigida directamente en su contra o en contra de otra persona, para que lleve a cabo una conducta que puede constituir un crimen que en otras circunstancias no habría cometido, teniendo en cuenta que esa conducta cometida bajo coerción no produzca un mayor daño que el que se va a sufrir y siempre que no implique la muerte"*[177].

6.5.8. Del tratamiento general que se ha brindado a este principio en los diferentes juicios de Derecho Internacional que se han adelantado

En los diferentes casos que se han resuelto a través de la historia se ha hecho mención clara de este principio en los siguientes términos:

[175] Tomado de SHABAS, William. "*Genocide un International Law. The Crimes of crimes*", Editorial Cambridge University. Capítulo 7 "*defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

[176] Traducción nuestra: "*The Tribunal implied that superior orders might possibly be a defence where there was an absence of moral choice*" Tomado de: SHABAS, William "*Genocide un International Law. The Crimes of crimes*", Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide*", p. 331.

[177] Traducción nuestra: *"A person acts under coercion when he is compelled by another under an imminent threat of force or use of force directed against him or another, to engage in conduct which may otherwise constitute a crime which he would not otherwise engage in, provided that such coerced conduct does not produce a greater harm than the one likely to be suffered and is not likely to produce death".* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law-Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*" Página 1385 quien cita el caso de M.C. Bassiouni, a Draft International Criminal COde and Draft Statute for an International Criminal Tribunal.

a) Eck y otros (*The Peleus*)

En este caso, un comandante de un submarino alemán, Eck, dio la orden de asesinar luego de haber interrogado, a los sobrevivientes de "*The Peleus*" excusándose en la necesidad militar y las restantes personas investigadas, fundadas en el seguimiento de órdenes del Superior Jerárquico.

En este caso sobre el principio de Obediencia Debida se dijo:

> *"Indudablemente una Corte que se enfrenta a una defensa de orden del Superior aducida como justificación de un crimen de guerra se encuentra obligada a tener en consideración el hecho que la obediencia de órdenes militares no manifiestamente ilegales es un deber de todos los miembros de las fuerzas armadas, y que las condiciones de disciplina de la guerra se deben sopesar con los méritos legales de la orden recibida. La pregunta, sin embargo, se gobierna por la consideración mayor que los miembros de las fuerzas armadas se encuentran ligados a obedecer únicamente las órdenes legales, y que ellos no pueden escapar a la responsabilidad si en obediencia de una orden cometen un acto que viola las normas de la guerra o indignan el sentimiento general de la humanidad"*[178].

De esta forma, de lo que se trata es de considerar por parte de la Corte ante la cual se presenta esta defensa que existe un deber militar de seguir las órdenes que no sean manifiestamente ilegales, sin que se espere que siempre se verifique por los soldados el contenido de las mismas, lo que afectaría la disciplina militar, existiendo responsabilidad del subordinado o subalterno en los eventos en que la ilegalidad del mandato sea manifiesta, que se impone como el límite de la obediencia.

b) Caso Von Leeb y otros (juicio de los comandantes alemanes), Tribunal de Nuremberg

En este evento dijo el Tribunal de Nuremberg, frente a la defensa alegada consistente en *Obediencia debida (Superior Orders),* que dicha defensa no tendría aceptación dentro del Tribunal. Lo anterior con fundamento en que el derecho internacional prevalece sobre el derecho nacional, de forma que prevalece sobre las órdenes que se puedan emitir las autoridades internas de un país determinado, no siendo excusa la actuación con base en ellas, siendo precisamente el deber del derecho Internacional restringir los actos de las naciones[179].

c) Caso Oblendorf y otros (juicio de Einsatzgruppen) Tribunal de Nüremberg

En este evento, igualmente, el grupo militar adujo que actuaba en obediencia de órdenes superiores, y en ese caso el Tribunal dijo sobre la defensa en mención que si bien es cierto que la *obediencia debida* es un principio propio de las organizaciones militares, la misma no opera de forma automática y se reconoce al soldado como un agente con razón que no responde como una maquinaria, de forma que sólo las órdenes que cumplen determinados requisitos deben cumplirse.

Así, debe referirse en primer lugar al deber militar, y aún dentro del deber militar el superior que la emite debe estar en las circunstancias que lo hacen competente para emitirla. El subordinado se encuentra en la obligación de dar cumplimiento, únicamente, a las órdenes o mandatos que sean conforme a ley, y en todo caso, para su admisibilidad, se exige que exista cierta coacción: "*Debe demostrarse que el daño causado al obedecer la orden ilegal no es desproporcionado frente a un mayor daño causado resultado de no obedecer la orden ilegal*"[180]. De

[178] Traducción nuestra: "*Undoubtedly a Court confronted with a plea of superior orders adduced in justification of war crime is bound to take into consideration the fact that obedience of military orders not obviously unlawful is a duty of every member of the armed forces, and that the latter cannot conditions of war discipline be expected to weigh scrupulously the legal merits of the order received. The question, however, is governed by the major consideration that member of the armed forces are bound to obey lawful orders only, and that they cannot therefore escape liability if in obedience to a command they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity.* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law-Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1362.

[179] Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law-Cases and Materials",* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996., Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1365.

[180] Traducción nuestra: *it must be shown that the harm caused by obeying the ilegal order is not disproportionally greater than the harm which would result from not obeying the ilegal order"* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law. Cases and Materials",* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1366.

esta forma el Test verdadero que debe seguirse es si en efecto era posible una elección moral, pues siendo posible esta existe responsabilidad del inferior jerárquico, quien en caso de abstenerse de cumplirla no se verá avocado a una Corte Marcial.

> *"Un subordinado que no lleve a cabo la orden no es culpable de una violación al deber de subordinación si a) la orden era obviamente contraria a la lealtad debida al Príncipe de la tierra; b) si la orden pertenece a un acto u omisión en que evidentemente se reconoce un crimen"*[181].

d) Caso de Estados Unidos contra el Grupo Militar bajo las órdenes del Sargento Walter Griffen

En este caso se asesinó a un prisionero bajo el temor supuesto de la huida y presencia en operaciones militares, asesinato que se llevó a cabo bajo órdenes de un superior jerárquico.

Sobre esta defensa dijo el Tribunal que la regla general es que los actos hechos conforme a la buena fe en cumplimiento de las órdenes de los superiores es justificación, la cual desaparece cuando la orden era manifiestamente ilegal:

> *"Un soldado o piloto no es automático sino que es un agente razonador que se encuentra bajo el deber de llevar a cabo un juicio al momento de obedecer órdenes de un Superior oficial, cuando dichas órdenes sean manifiestamente ajenas al alcance de la autoridad del oficial y cuando sea palpable su ilegalidad, de forma que a juicio o sentido común de un hombre ordinario sabrían que eran ilegales, de forma que la Obediencia a órdenes de los Superiores no protegerá a un soldado por los actos cometidos en cumplimiento de dichas órdenes ilegales. Esta es la ley en relación con la Obediencia Debida"*[182].

Así, nuevamente se reconoce al soldado como un sujeto que razona y que no actúa de forma automática, de manera que en cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales no existe eximente de responsabilidad, y no habrá responsabilidad en corte marcial ante la desobediencia si se presenta este elemento.

e) Caso Pauste, My Lai y Vietnam

En este caso se planteó que la ilegalidad de la orden debe ser obvia, a efectos que no cubra esta defensa la conducta desplegada por el agente, pues no corresponde al soldado presumir la ilegalidad de los mandatos, y en caso de duda debe clarificarlo con su superior, y de persistir la misma debe acatar el mandato recibido, de absolverse la misma en el sentido de confirmar la ilegalidad, debe abstenerse de dar cumplimiento a ésta e informar a la autoridad competente.

Así, el soldado promedio sólo está obligado a desobedecer las órdenes que personalmente conozca son ilícitas, y las que lo son en forma manifiesta u obvia, en caso de duda la responsabilidad recae en cabeza del Superior, así lo dijo el Tribunal:

> *"En casos de duda, la responsabilidad recae en el superior que dio la orden, no en el subordinado que la obedeció – se puede presumir la legalidad salvo que sea manifiestamente ilegal"*[183].

Siendo el fundamento de la ausencia de responsabilidad no la equidad, sino la ausencia de lo que en *common law* se denomina "*means rea*" o elemento subjetivo del tipo, por cuanto el subordinado actúa en cumplimiento de la orden que se ha emitido y no con la finalidad de incurrir en

[181] Traducción nuestra: *A subordínate who does not carry put an order is no guilty of a violation of his duty of subordination if (a) the order is obviously contrary to loyalty due to the Prince of the Land; (b) if the order pertains to an act or omission in which evidently a crime or another is tol be recognized".* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law. Cases and Materials",* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1367.

[182] Traducción nuestra: *A soldier or airman is not an automation but a reasonning agent who is under a duty to excercise judgement in obeying the orders of a superior offficer to the extent, that where such orders are manifestly beyond the scope of the issuing officer´s authority and are so palpably illegal on their face that a man ordinary sense and understanding would know them to be illegal, then the fact of obedience to the order of a superior officer will not protect a soldier for acts committed pursuant to such illegal orders. This is the law in regard to superior orders".* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law-Cases and Materials",* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1369.

[183] Traducción nuestra: *In doubtful cases, the responsability rests with the superior giving the order, not the subordinate who obeys it- one can presume legality until an obviously illegal order arises".* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law. Cases and Materials",* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996, Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1374.

la conducta punible (confiado en que cumplía una orden conforme a ley).

f) Caso que se adelantó en contra de Imre Finta

En este caso se habló sobre la importancia de la obediencia sin cuestionamientos dentro de una organización militar, obediencia que se ampara a partir de la exoneración de responsabilidad en un caso de violación de la ley o comisión de conducta punible en acatamiento de los mandatos impuestos. Sin embargo, toda vez que la historia enseñó que so pretexto de tal *obediencia debida* se empezaron a sobrepasar los límites de forma que se impone un límite a la obediencia que se concreta en la manifiesta ilegalidad de la orden, "*Las órdenes militares pueden y deben ser obedecidas a menos que sean manifiestamente ilegales*"[184], sin embargo debe precisarse que dicha *claridad* o *evidencia* a que se hace mención debe tener esas características, es decir, ser obvia, evidente, no detectable únicamente por expertos en ley sino por cualquier persona promedio sin hacer un análisis pormenorizado, no puede encontrarse oculta ni medio oculta, debe vislumbrarse con facilidad[185].

En consecuencia, es viable concluir que, según el tratamiento que se ha dado en los diferentes casos a lo largo de la historia, se ha reconocido una defensa consistente en el acatamiento de órdenes de los superiores, con fundamento en la necesidad militar y necesaria exigencia de "Obediencia" por parte de los subordinados, cuando la orden cumple con las formalidades y requisitos propios de las mismas, y siempre que no resulte manifiestamente ilegal. En caso que resulte obvia la ilegalidad, el inferior debe abstenerse de dar cumplimiento a la orden, omisión que no le acarreará consecuencia alguna en Proceso Marcial.

6.5.9. Del estado actual de la discusión

En la actualidad, ha tenido un avance inmenso desde Nuremberg, de forma que si bien se mantiene la esencia en el sentido de proscribir esta defensa, se ha abandonado la posibilidad de disminuir la reprochabilidad penal, y por el contrario se ha admitido en casos excepcionales ante la verificación de las circunstancias consagradas en la Ley.

El artículo 33 del Estatuto de Roma consagra esta controversial e importante causal exonerante de responsabilidad, que ha constituido grandes polémicas y discusiones que concluyen en la norma aludida que en su texto expresa:

> *"1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil,* ***no será eximido de responsabilidad penal a menos que:***
>
> *Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
> *No supiera que la orden era ilícita; y*
> *La orden no fuera manifiestamente ilícita.*
>
> *2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".*

De esta forma, lo que ha de verificarse en un caso particular y concreto es si el subordinado en efecto estaba obligado a dar cumplimiento a la orden emitida por el superior jerárquico, "*es decir hubiera un deber de obediencia, la persona no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita*"[186], recordando en todo caso que en el caso del genocidio y de crímenes contra la humanidad se presume *la antijuridicidad manifiesta.*

La carga de la prueba sobre la ilicitud de la orden recae en la Fiscalía, salvo, por supuesto, en los eventos en que se presume.

Sobre el particular dijo Alonso Olásolo:

> *"El primer requisito para que las órdenes de superiores y las disposiciones legales eximan de responsabilidad conforme al art. 33 (1) ER es de carácter meramente formal y exige que el autor haya actuado en cumplimiento de un deber de obediencia establecido por la ley (o por norma jurídica de un rango apropiado) al llevar a cabo un ataque punible –o cualquier otro*

[184] Traducción nuestra: "*Military orders can and must be obeyed unless they are manifestly unlawful*". Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law. Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996, Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1383.

[185] PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, "*International Criminal Law-Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1374.

[186] AMBOS, Kai. *La nueva Justicia Penal Internacional*". Editorial Fundación Myrna Mack, p. 92.

crimen de guerra– en ejecución de un mandato inequívoco (y no ya de un simple asesoramiento) y concreto (realización u omisión de una actuación específica).

6.5.10. Comparación Derecho Nacional e Internacional (Cuadro 1)

Al incorporarse al ordenamiento colombiano el estatuto de Roma, la Corte Constitucional revisó cómo debían armonizarse las normas correspondientes, así:

> *"En lo que respecta a la constitucionalidad de la exclusión de la obediencia debida del derecho constitucional interno, la Corte ha hecho eco a la aceptación por el Estado colombiano del consenso internacional sobre la materia:*
>
> *"Aparte de que la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido universalmente considerada en las prácticas, usos, costumbres y jurisprudencia como contraria al Derecho Internacional Humanitario, de manera específica, se han prohibido en varios tratados suscritos por Colombia, que prevalecen en el derecho interno (C.P., artículo 94). En efecto, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura» (artículo, 2, numeral 3). En relación con el delito internacional de genocidio, tampoco se ha admitido como válida la exculpación basada en la orden superior, como quiera que el castigo se aplica a «las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo II - [En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo] - (...) ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares» (artículo, IV) (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ley 28 de 1959). (...)*
>
> *"No siendo compatible con el Derecho Internacional Humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales.*
>
> *"El anterior desarrollo jurisprudencial, reafirma la armonía entre lo que establece el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución y lo previsto en el artículo 33 del Estatuto de Roma. (...)"*[187].

Igualmente, en otra ocasión hizo mención de la necesaria armonización entre la obediencia militar y la dignidad humana en la legislación interna frente al Derecho Internacional, y se dijo lo siguiente:

> *"En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los Derechos Humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes.*
>
> *"Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el Derecho Internacional Humanitario, sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano"*[188].

No obstante, dado que el principio de obediencia debida es la regla general sobre la que se fundan la disciplina y respeto del orden jerárquico, columnas vertebrales de la institución militar, esta posibilidad de demandar

---

[187] Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[188] Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, por la cual se hace Revisión constitucional del *"Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

CUADRO 1

Derecho Nacional	Derecho Internacional
***Consagración*:** Se encuentra consagrada en el artículo 32, numeral 4º del Código Penal colombiano, así: *"No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (…) 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. (...)".*	***Consagración*:** Se encuentra consagrado en el artículo 33 del Estatuto de Roma, así: *"1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil,* ***no será eximido de responsabilidad penal a menos que:*** *a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".*
Reconocimiento de la Causal: En Colombia existe una admisibilidad expresa de la referida causal en el Código Penal, artículo 32, numeral 4, al establecer que no habrá responsabilidad penal cuando *"se obre en cumplimiento de orden legítima (…)".*	***Reconocimiento vía EXCEPCIÓN:*** En el derecho Internacional, dentro del marco del Estatuto de Roma, en principio NO hay lugar a esta eximente y opera únicamente como *excepción*
La orden debe ser legítima: Conforme se observó, en el ordenamiento Colombiano se hace prevalecer la ley en todos los casos, siendo deber del Inferior jerárquico revisar el contenido de los mandatos impartidos, previo acatamiento de su contenido, siendo bastante exigente la consagración.	***La orden no debe ser manifiestamente ilegal:*** A diferencia de lo que ocurre en la legislación colombiana, se impone como requisito el que el Sujeto *no supiera* de la ilicitud, sin que se exija que entre a revisar el contenido de las diferentes órdenes que son emitidas, no siendo posible invocar esta causal en los casos que la orden sea *manifiestamente ilegal.* Es decir, mientras que en el caso Colombiano a pesar de la ausencia de ilegalidad *manifiesta* el sujeto igual debe observar el contenido, en Derecho Internacional se exige que la ilegalidad *salte a la vista* o en todo caso que no haya sido vista por el sujeto.
Reconocimiento de Ausencia de Conocimiento: Se reconoce la ausencia de conocimiento de la ilegalidad por parte del subordinado, sin embargo, se revisa desde su posición la facilidad que tenía de salir de dicha ausencia de conocimiento, no siendo posible invocar la causal cuando era fácilmente identificable la ilegalidad.	***Reconocimiento de Ausencia de Conocimiento:*** Es muy similar al caso colombiano, solo que parecería ser un poco más flexible, en la medida que se admite la alegación del sujeto de la ausencia de conocimiento de la ilegalidad de la orden, pero en todo caso no basta la alegación simple y se juzga al que debió conocerla.
Negación de la Causal para delitos de Genocidio, Tortura y Desaparición Forzada: En el ordenamiento colombiano se consagra una prohibición expresa de alegación de esta causal eximente para los eventos en que se cometan los delitos anunciados.	***Consagración de Presunción – eliminación de uno de los requisitos:*** Si bien el efecto es el mismo, es decir, no hay lugar a la alegación de esta causal para los delitos de genocidio, Tortura y desaparición Forzada, lo cierto es que la consagración es diversa por cuanto en este caso se anula uno de los requisitos para que sea alegada la causal, es decir, simplemente se aduce que las órdenes dirigidas a cometer dichos delitos serán consideradas *manifiestamente ilegales.*
Reconocimiento de la Causal en forma individual: Esta causal se ha reconocido en forma individual y con los requisitos expuestos.	***Reconocimiento de la causal en adición a otras causales:*** Si bien la norma consagra los elementos necesarios para la configuración de la causal, lo cierto es que debido a los pronunciamientos jurisprudenciales y desarrollos doctrinales, se ha hecho mención clara a la necesidad de *inexistencia de opción moral,* la cual se presenta cuando existe coacción o error y por ende tiende a exigirse la coexistencia de estas circunstancias para dar paso o cabida a esta causal de *Obediencia Debida.*

explicaciones debe ser absolutamente excepcional y restringida al evento de órdenes inconstitucionales por posible violación de derechos fundamentales o de la dignidad humana. Por fuera de este evento no caben demandas de explicación sobre órdenes, reconvención u observaciones provenientes del superior militar.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 19 del artículo 60 de la Ley 836 de 2003, que prescribe que es falta leve dentro del régimen disciplinario de los militares el *"demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación"*, bajo el entendimiento según el cual la solicitud de explicaciones sólo puede proceder, antes de su ejecución, en el caso de órdenes violatorias de Derechos Humanos.

De esta forma, lo cierto es que a pesar de las escasas diferencias, se armonizan completamente las normas antes referidas, de forma que es posible la alegación de la misma en el marco del derecho interno o internacional, con mayor flexibilidad en el Derecho Internacional.

6.6. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 3

Un pelotón de infantería se encuentra patrullando por una zona selvática de orden público alterado, bajo el mando del sargento Restrepo y el teniente Piraguata. Al finalizar el combate, capturan a 2 miembros de un grupo organizado al margen de la ley (José y Carlos) y dejan a 50 víctimas indígenas. Durante el camino de vuelta al batallón de origen, el capitán González ordena al teniente Piraguata (por radio) no dar alimentos a los capturados, para que se vean obligados a presentar información válida del grupo al margen de la ley del que son parte. Esta orden es trasmitida por el teniente Piraguata al sargento Restrepo y a los demás soldados. Después de 5 días de camino, Carlos muere de inanición mientras que el teniente Piraguata se encuentra en Flaletrina. Le mandan al mayor Ramírez y al coronel Rodríguez información sobre los hechos ocurridos. El mayor Ramírez no tiene tiempo de leer la notificación, dejándola a un lado. El coronel Rodríguez lee dicha notificación pero hace caso omiso a la información recibida. El sargento Restrepo le dice a uno de los soldados que "como mi teniente nos da a entender que quiere que se mueran los capturados, péguele un tiro al que queda para que no sufra de hambre como el otro". El soldado Jorge Pérez vacila en cumplir, y por ello recibe un disparo en la pierna por parte del sargento. En seguida, el sargento le da la orden al soldado Wilson Jiménez, quien de inmediato la cumple, disparándole a José. El soldado Pérez no recibe auxilio médico y muere. El general Moreno dice no saber nada de lo ocurrido por las órdenes del capitán González, negando su responsabilidad.

De conformidad con lo anterior, responda las siguientes preguntas:

- Analice la responsabilidad penal que le cabe al soldado Jiménez, al sargento Restrepo, al teniente Pirguata y al capitán González
- ¿Es válida la excusa del general Moreno? Explique.
- ¿Es el capitán González el superior responsable? Explique.
- ¿Qué responsabilidad tiene el mayor Ramírez?
- ¿Qué responsabilidad tiene el coronel Rodríguez?
- ¿Cuál es la obligación general de todos estos superiores?
- ¿Cómo puede probar el conocimiento de los superiores del caso?
- ¿Qué debió hacer el coronel Rodríguez al recibir la información?
- ¿El general Moreno debió haber sabido?
- ¿Quién es el responsable por el soldado Jorge Pérez?

7. UNIDAD 4

Proceso militar para la toma de decisiones. Actos relacionados con el servicio. Línea de mando. Línea de mando en las organizaciones al margen de la ley

7.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 4

Analizar la normatividad y principios que rigen a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para la planeación, ejecución, supervisión y evaluación de operaciones militares. Igualmente se analiza la línea de mando al interior de la fuerza pública y los actos relacionados con el servicio.

7.2. PROCESO MILITAR PARA LA TOMA DE DECISIONES

Para determinar en un caso concreto la responsabilidad penal de los miembros de la fuerza pública es importante tener claridad acerca de la normatividad y principios que rigen a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para la planeación, ejecución, supervisión y evaluación de operaciones militares. Al ser Colombia Alta Parte de los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, especialmente el Protocolo Adicional II y otros instrumentos internacionales, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional encargados de edificar, ejecutar, evaluar y supervisar operaciones militares deben hacerlo con la plena observancia de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario.

A partir de 1992 el Comando General de las Fuerzas Militares inició la aplicación del Plan Permanente de Integración del Derecho Internacional de los DDHH y el DIH. Con la expedición de la Directiva 800-04 de 2003 la doctrina sobre este tema fue introducida progresivamente a la instrucción militar[189]. Con posterioridad a la misma se han proferido: la Directiva Permanente 051 del 13 de junio de 2007[190], Directiva Transitoria Nº 122 del 6 de noviembre de 2007[191], Directiva Permanente 50 del 10 de julio de 2007, Circular 6590 del 27 de diciembre de 2007, Directiva Permanente 300-28 del 20 de noviembre de 2007, la Circular Nº 7190 del 25 de febrero de 2008 y la Circular 7169 del 13 de febrero de 2008, entre otras.

De igual forma, en enero de 2008 el Ministerio de Defensa implementa la Política Integral de DDHH y DIH que ha sido divulgada públicamente, especialmente al interior de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en lo pertinente[192]. En éste se impetra la aplicación del DIH en la ejecución de operaciones de las Fuerzas Armadas de Colombia y la Policía Nacional, pues "mientras en partes del territorio subsistan grupos que atenten contra la soberanía y la autoridad con un dispositivo militar, las Fuerzas Militares se guiarán por el DIH en sus esfuerzos por consolidar el control territorial y restablecer la autoridad civil"[193].

La Política Integral adoptada por el Ministerio de Defensa parte desde el momento de la instrucción militar en DDHH y DIH, cuya efectividad "depende también de que los procedimientos de planeación y ejecución de las operaciones incorporen estas normas con suficiente precisión. El corazón de toda operación es la orden de operaciones: establece la misión, la intención del comandante, el concepto, la maniobra, las instrucciones de coordinación, etc."[194].

[189] *Directiva Permanente 800-4 del 14 de febrero de 2003*, Mediante la cual se formula el Plan Permanente de Integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados (DICA), en los manuales de doctrina operacional y formación militar. La meta del plan es que las operaciones de las Fuerzas Militares se desarrollen bajo el marco del DIDH y del DICA, y siempre en función de la protección a la población civil.

[190] *Directiva Permanente 051 del 13 de junio de 2007*, Mediante la cual se emite un plan de acción para implementar las recomendaciones del estudio sobre el sistema de enseñanza de DDHH y DICA. El objetivo es alcanzar la estandarización de procesos mediante la implementación del Modelo Único Pedagógico (MUP), la incorporación del Asesor Jurídico Operacional, el desarrollo de ejercicios de lecciones aprendidas, la creación de un escalafón de docentes en DIDH y DICA, entre otras actividades. Igualmente se crea el Comité Nacional Pedagógico de las Fuerzas Militares, para que en forma periódica revise los avances en la capacitación y aplicación del DIDH y DICA.

[191] *Directiva Transitoria 122 del 6 de noviembre de 2007*, A través de la que el Comando General de las Fuerzas Militares imparte instrucciones a las Jefaturas de Educación y Doctrina de las Fuerzas y los Directores de Instrucción de las Escuelas y Centros de Formación, en eventos académicos para implementar el Modelo Único Pedagógico en DIDH y DICA de las Fuerzas Militares. Esto con el fin de afianzar los procesos de enseñanza del DIDH y DICA, y elaborar un cronograma de trabajo para implementar el Modelo en las tres Fuerzas.

[192] "*La política Integral del DDHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional es el documento marco que describe los lineamientos, sienta los objetivos y establece los programas que en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario deben conocer y desarrollar las Fuerzas Militares y, donde sea pertinente, la Policía Nacional. Es la hoja de ruta que enmarca el comportamiento de la Fuerza Pública en el desarrollo de las operaciones*". Política Integral de DHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional.

[193] Política Integral de DHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional, p. 23.

[194] Política Integral de DHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional, p. 26.

En el marco de la política integral de DDHH y DIH se expidieron las Reglas de Enfrentamiento[195] para las Fuerzas Militares, mediante la Disposición 012 del 5 de marzo de 2007, "con el propósito de regular el uso legítimo de la fuerza en procura de lograr los fines esenciales del Estado y definir claramente el actuar en la conducción y ejecución de las operaciones militares que adelanten en cumplimiento de su misión constitucional"[196].

Con la política integral en comento también se vislumbró la necesidad de contar con una asesoría jurídica en el área de operaciones, razón por la cual la Fuerza Pública ha implementado la figura del Asesor Jurídico Operacional –AJO–, quienes están encargados de brindar asesoría operacional en materia de DDHH y DIH a nivel de planeación, ejecución y evaluación[197].

Dentro del marco actual de la elaboración, ejecución y evaluación de Operaciones Militares, es imperioso remitirnos a los principios del DIH que deben ilustrar a los comandantes de las Fuerzas Militares, y en lo relativo a la Policía Nacional, cuya aplicación ha sido recomendada y adoptada en nuestro país desde hace algunos años.

Los fundamentos jurídicos para la aplicación de dichos principios en el conflicto armado colombiano surgen desde los Convenios de La Haya de 1899, los cuatro Convenios de Ginebra[198] que consagran las normas del Derecho Internacional Humanitario y sus Protocolos Adicionales, además de otros tratados sobre temas específicos[199].

En los instrumentos internacionales enunciados anteriormente se consagran los principios de necesidad militar, distinción, humanidad y proporcionalidad,los cuales deben ser observados actualmente por los miembros de las Fuerzas Militares y Policiales al momento de planear, ejecutar, vigilar y supervisar una operación militar[200]. Estos principios constituyen no solamente un límite, sino una regulación de las operaciones militares. De allí la importancia de comprender adecuada y suficientemente en qué consisten los principios de necesidad militar, distinción, humanidad y proporcionalidad.

7.2.1. Principio de Necesidad Militar

El *principio de necesidad* militar fue expuesto por primera vez hacia 1863, con la promulgación del Código de Liebre, durante la guerra de secesión norteamericana[201]. Hoy en día este principio se entiende como un límite absoluto en la escogencia de los métodos y medios de ataque y defensa al interior de un conflicto armado, de tal forma que no pueden emplearse aquéllos que impliquen un perjuicio a la población civil, bienes particulares y culturales, entre otros, desmedidos e injustificados. Este tipo de daños pueden justificarse siempre y cuando se encuentren íntimamente relacionados con el fin de la guerra, de someter total o parcialmente al enemigo, pero teniendo siempre en cuenta que deben emplearse dichos métodos y medios durante el menor periodo posible y con el mínimo perjuicio a la población y bienes protegidos por el DIH.

Para establecer entonces cuándo es viable emplear determinados medios y métodos de combate por *necesidad militar* se debe sopesar el caso en concreto. Contrario a las discusiones que han surgido sobre la *necesidad militar* como una justificante del uso de los medios y métodos indiscriminados en el conflicto armado, se ha aceptado que ésta requiere de una justificación suficiente al considerarse como una posibilidad excepcional que pueden ejercer cualquiera de las partes[202]. Se reitera, siempre y cuando sea necesaria, justificable, ejecutada en

[195] Se entiende por Reglas de Enfrentamiento el conjunto de normas emitidas por la autoridad militar competente y de rango superior, que señalan con precisión la oportunidad, circunstancias, facultades y limitaciones bajo las cuales las Fuerzas Militares podrán emplear la fuerza, para enfrentar las amenazas externas e internas contra la institucionalidad y el Estado.

[196] Ministerio de Defensa Nacional. Fuerzas Militares de Colombia. Disposición 012 de 2007.

[197] En la Fuerza Aérea colombiana se adoptó para el 2002, y mediante la Directiva 66 de 2008 se creó y activó el cargo de Asesor Jurídico Operacional a instancias de los Estados Mayores y las plantas mayores del Ejercito Nacional.

[198] Especialmente el artículo 3° común de los cuatro Convenios que hace alusión a los conflictos armados no internacionales

[199] Mediante la Ley 171 de 1994 se aprobó el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional. Este Protocolo Adicional tiene por objeto complementar y profundizar sobre el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Se aplica para aquéllos conflictos armados que no hayan sido contemplados en el artículo 1 del Protocolo Adicional I, esto es, para aquéllos que son internacionales y no se regularon a través de este últimos instrumento internacional, y aquéllos *"que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".*

[200] Veáse el artículo 3° de la Disposición 012 del 5 de marzo de 2007.

[201] Sobre su aplicación en instrumentos internacionales se puede ver: Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, *Convenio relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* suscrito en La Haya en 1899 en el Preámbulo y el artículo 23; Convenio I de Ginebra, artículos 8 y 42; Convenio II de Ginebra, artículos 8 y 28; Convenio III de Ginebra, artículos 8 y 126; Convenio IV de Ginebra, artículos 9, 18, 33, 53 y 143; Protocolo Adicional I, artículo 54.

[202] Comparar con NISHIMURA HAYASHI, Mika, *The Martens clause and Military Neccesity,* Tomado del libro "*The legitímate use of Military force"* ASHGATE, 2007, pp. 137 a 151.

el menor tiempo posible y generando el menor grado de daños colaterales.

De esta forma se ha adoptado un concepto contemporáneo de la *Necesidad Militar* como un principio del DIH que permite considerar los medios y métodos a emplear por las fuerzas armadas en un conflicto, que limite el uso desmedido de la fuerza en perjuicio de la población civil y sus bienes[203].

Para el Ministerio de Defensa del Reino Unido este principio se define de la siguiente manera:

> *"La necesidad militar permite a un Estado involucrado en un conflicto armado usar únicamente el grado y tipo de fuerza militar no de otra manera prohibido por las Leyes del conflicto armado, que se requieren para lograr el legítimo propósito, del sometimiento parcial o total del enemigo en el momento más pronto con el mínimo de pérdidas de vidas y recursos"*[204].

A partir de esta noción del *Principio de Necesidad Militar,* se extraen cuatro elementos básicos para su aplicación:

> *"la fuerza usada puede y es controlada;*
> *"La necesidad militar permite el uso de la fuerza únicamente si no está de otro modo prohibido por las leyes del conflicto armado;*
> *"la necesidad no puede ser excusa para apartarse de esas normas;*
> *"el uso de la fuerza de modo que no está prohibido de otra manera, es legítima si es necesario para lograr, lo más rápido posible, el sometimiento total o parcial del enemigo;*
> *El uso de la fuerza donde no es necesario es ilegal si envuelve muertes y destrucción desmedida"*[205].

De esta forma, el *principio de necesidad* significa que sólo se podrán utilizar los medios y métodos de violencia dentro de la guerra que sean absolutamente necesarios para cumplir con los cometidos militares, es decir, cuando impliquen una ventaja militar. Dicho análisis sobre la necesidad militar debe tener en cuenta los demás principios del DIH, así como la conciencia de cada Estado al momento de llevar a cabo sus actos militares[206].

Sobre el *estado de necesidad militar*, la Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de hacer referencia al mismo en la *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción por parte de Israel de un muro en los territorios palestinos ocupados,* indicando que la acción a ejecutar debe ser la única forma en que el Estado salvaguarde el interés esencial contra el grave e inminente peligro[207], lo que en el fondo puede asimilarse a la aplicación de necesidad militar.

> *"140. No obstante, la Corte ha examinado la cuestión de si Israel podría invocar el estado de necesidad como motivo de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro. A este respecto, la Corte debe señalar que algunos de los convenios que se examinan en relación con este caso contienen cláusulas que limitan los derechos garantizados o disposiciones que prevén la suspensión de tales derechos (véanse los párrafos 135 y 136 supra). Dado que esos tratados ya contemplan este tipo de consideraciones en sus propias disposiciones, cabría preguntar si en relación con ellos se puede invocar el estado de necesidad, reconocido en el derecho internacional consuetudinario, como causa de exclusión de la ilicitud de las medidas o decisiones que se cuestionan. Sin embargo, no es necesario que la Corte examine esa cuestión. Como observó la Corte en el asunto relativo al Proyecto*

[203] Comparar con NISHIMURA HAYASHI, Mika, *The Martens clause and Military Neccesity,* Tomado del libro "*The legitímate use of Military force"* ASHGATE, 2007, pp. 137 a 151.

[204] UK MINISTRY OF DEFENCE. *"The Manual of the law of armed conflict"*. Oxford University Press, 2004, pp. 21 y 22. (*Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of the life and resources*).

[205] UK MINISTRY OF DEFENSE. "The Manual of the law of armed conflict". Oxford University Press, 2004, p. 22. "a. The force used can be and is being controlled; b. since military necessity permits the use of force only if it is "not otherwise prohibited by the law of armed conflict", necessity cannot excuse a departure from that law; c. the use of the force in ways which are not otherwise prohibited is legitimate if it is necessary to achieve, as quickly as possible, the complete or partial submission of the enemy; d. conversely, the use of force which is not necessary is unlawful since it involves wanton killing or destruction".

[206] Véase el Boletín Nº 09-08 de la Oficina de Derechos Humanos y DIH del 25 de febrero de 2008. *"El principio de necesidad militar constituye uno de los componentes esenciales del Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados, el cual justifica el empleo de todos los recursos, métodos y medios no prohibidos, pero indispensable para vencer al enemigo, como lo son entre otros, las estratagemas, las añagazas, el camuflaje, el bloqueo de corredores de movilidad y suministro destinados al enemigo; la emboscada, el golpe de mano, así como los ataques a los objetivos militares que representen una ventaja estratégica y cuyos daños no sean excesivos en relación con esta"*.

[207] Cita tomada de HENSEL, Howard M. *"The Legitimate Use of Military Force. The just war Tradition and the Customary Law of Armed Conflict"*, ASHGATE, 2008, p. 142. *"(…)the action taken must be "the only way for the safeguard an essential interest against a grave and imminent peril"*.

Gabčikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario que sólo se puede aceptar en casos excepcionales; sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido esas condiciones (I.C.J. Reports 1997, pág. 40, párr. 51). ***Una de esas condiciones la expuso la Corte en los términos utilizados por la Comisión de Derecho Internacional, en un texto que en su forma actual requiere que el hecho que se esté cuestionando sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*** *(artículo 25 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; véase también el antiguo artículo 33 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado, cuyo texto en inglés era algo diferente). A la luz del material que tiene ante sí, la Corte no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción"*[208] (negrilla fuera del texto original).

Otro ejemplo sobre la aplicación del principio de necesidad militar lo constituye la decisión sobre las hostilidades ocurridas durante el conflicto entre Etiopía y Eritrea.

"Ethiopia no sugiere ninguna razón de porqué la destrucción de alguna de las propiedades indagadas puede considerarse como «necesidad absoluta» para operaciones militares diferentes, a simplemente prevenir la retoma por Eritrea cuando retomara control sobre el pueblo de Senafe"[209].

7.2.2. Principio de distinción

El *principio de distinción* constituye uno de los pilares más importantes del DIH. Consiste en que los actores del conflicto deben diferenciar entre combatientes y civiles, entre objetivos militares y objetivos civiles, y entre objetos que pueden ser atacados legítimamente y aquéllos que están protegidos por los ataques, estando facultados a dirigir sus operaciones únicamente contra combatientes, objetivos militares y objetos que pueden ser atacados.

En este sentido, por recomendación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el *principio de distinción*, entre otras cosas, a:

- *"Garantizar a la población civil y a las personas civiles el trato humano y la protección general que les otorgan los instrumentos de derecho humanitario.*
- *"Asegurar a quienes se han rendido y a quienes han quedado fuera de combate el trato humano para ellos previsto por el Derecho Internacional Humanitario.*
- *"Hacer efectivas las garantías previstas por el derecho humanitario para las personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto (por ejemplo, darles un trato humano que incluya proporcionarles condiciones dignas de detención y no exponerlas a los peligros de la guerra).*
- *"Evitar ataques contra bienes que no son objetivos militares.*
- *"Facilitar las actividades emprendidas por las organizaciones humanitarias para atender a las víctimas del conflicto"*[210].

La Corte Internacional de Justicia profundizó en la opinión del juzgamiento en contra del ex presidente de Serbia, Boris Tadic, indicando que:

"Las reglas contenidas en el parágrafo 1 del Artículo 3 común, proscribe un número de actos que: (i) son cometidos en el contexto del conflicto armado; (ii) tienen conexión directa con el conflicto armado, y (iii) que son cometidos contra personas que no toman parte en las hostilidades. El primero y segundo de estos requerimientos ya han sido expuestos arriba. Por lo tanto, la sala se ocupará del tercer elemento.

[208] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado,* 13 de julio de 2004 (versión en español).

[209] Decisión Parcial de las reclamaciones entre el Estado de Eritrea y la República Federal Democrática de Etiopía. La Haya, 28 de abril de 2004. *Ethiopia has not suggested any reason why the destruction of any of the properties in question could have been rendered "absolutely necessary" by military operations other than simply to prevent their reuse by Eritrea if and when it should regain control of Senafe Town. The Commission does not agree that denial of potential future use of properties like these, which are not directly usable for military operations as are, for example, bridges or railways, could ever be justified under Article 53.*

[210] Naciones Unidas. Oficina en Colombia para del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comunicado de Prensa. *"Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el Conflicto Armado"*, junio 30 de 2003.

El régimen de Derecho Internacional Humanitario regula conflictos no internacionales extendiendo protección de actos de asesinato, tortura y otro acto proscrito por el Artículo 3°, para:

> *"(…)*
>
> *Esta protección abarca, al menos, todas las ofensas a aquéllas personas protegidas por las normas del conflicto armado interno: civiles, prisioneros de guerra, combatientes derrotados o enfermos. Mientras el concepto de «persona protegida» en las Convenciones de Ginebra es definido positivamente, la clase de persona protegida por el Artículo 3° común, es definido negativamente. Por esta razón, la evaluación que debe hacer la Sala es si en el tiempo de la ofensa, las víctimas de los actos proscritos tuvieron participación directa en las hostilidades y si estas hostilidades están dentro del contexto de las ofensas que fueron cometidas. Si la conclusión de dicho análisis es negativo, la víctima gozará de la protección de los actos proscrito en el Artículo 3° común"*[211].

7.2.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad invoca que las pérdidas de la acción militar no pueden ser excesivas en relación con la ventaja militar esperada[212]. Bajo este principio, el comandante de unidad deberá cancelar, suspender o volver a planear las operaciones que consideran atentatorias contra la *proporcionalidad*.

En aplicación de este principio, al momento de efectuarse la planeación de una operación militar, deben tomarse las precauciones necesarias para minimizar los efectos colaterales[213], así como para escoger que perjudique menos y sean compatibles para el éxito militar. Para la aplicación adecuada del *principio de proporcionalidad* es importante distinguir entre el fin que se sigue mediante la operación militar específica.

La Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la licitud de empleo de armas nucleares, hace referencia a la protección del *principio de proporcionalidad* indicando lo siguiente:

> *"...las armas nucleares son artefactos explosivos cuya energía **se** debe a la fusión o fisión del átomo. Por su índole misma, este proceso... libera no solamente enormes cantidades de calor y de energía, sino también una potente y prolongada radiación… Estas características hacen que el arma nuclear sea potencialmente de índole catastrófica. El poder destructor de las armas nucleares no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen el poder de destruir toda civilización, así como el ecosistema de todo el planeta (énfasis del autor)… La radiación emitida por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de muy extensas regiones. Por añadidura, el empleo de armas nucleares constituiría un grave peligro para las generaciones futuras. La radiación ionizante puede atentar contra el medio ambiente, la cadena alimentaria y el ecosistema marino en el futuro y provocar taras y enfermedades en las generaciones futuras"*[214].

---

[211] Opinión y Juzgamiento de Boris Tadic del 7 de mayo de 1997. "*614. The rules contained in paragraph 1 of Common Article 3 proscribe a number of acts which: (i) are committed within the context of an armed conflict; (ii) have a close connection to the armed conflict; and (iii) are committed against persons taking no active part in hostilities. The first and second of these requirements have already been dealt with above. Consequently, the Trial Chamber turns to the third requirement.*

615. The customary international humanitarian law regime governing conflicts not of an international character extends protection, from acts of murder, torture and other acts proscribed by Common Article 3, to:

Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause . . . without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. . .

This protection embraces, at the least, all of those protected persons covered by the grave breaches regime applicable to conflicts of an international character: civilians, prisoners of war, wounded and sick members of the armed forces in the field and wounded sick and shipwrecked members of the armed forces at sea. Whereas the concept of "protected person" under the Geneva Conventions is defined positively, the class of persons protected by the operation of Common Article 3 is defined negatively. For that reason, the test the Trial Chamber has applied is to ask whether, at the time of the alleged offence, the alleged victim of the proscribed acts was directly taking part in hostilities, being those hostilities in the context of which the alleged offences are said to have been committed. If the answer to that question is negative, the victim will enjoy the protection of the proscriptions contained in Common Article 3".

[212] UK MINISTRY OF DEFENSE. "*The Manual of the law of armed conflict*". Oxford University Press, 2004, p. 25. "*The principle of proporcionality requires that the losses resulting from a military actino should not be excessive in relation to the expected military advantage*".

[213] Comparar con UK MINISTRY OF DEFENSE. "*The Manual of the law of armed conflict*", Oxford University Press, 2004, p. 21. "*The principle of proporcionality requires that the losses resulting from a military actino should not be excessive in relation to the expected military advantage*".

[214] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares.*

Desde la consagración de la Cláusula Martens en la Convención de La Haya de 1899, el *principio de humanidad* fue considerado como un postulado a tener en cuenta al interior de un conflicto. Sobre su aplicación a un caso, es pertinente traer a colación nuevamente la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares.

7.2.4. Principio de humanidad

El *principio de humanidad* o de los sufrimientos innecesarios proscribe generar daños, sufrimientos y destrucción injustificados, mediante el empleo de métodos o medios en la guerra innecesarios y desproporcionados. Se trata de un principio íntimamente relacionado con los principios de *distinción, proporcionalidad* y *necesidad militar.*

Prohíbe la causación de sufrimientos, daños y destrucción que no sea necesaria para el cumplimiento del legítimo objetivo militar[215]. Parte de la doctrina internacional considera el *principio de humanidad* como la reafirmación del principio de distinción, en el sentido que se hace absolutamente innecesario e inconcebible causar un mal a la población civil, en la medida que ellos no contribuyen al enemigo en la consecución de su causa[216].

Otra parte considera que "complementa y limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar. Este principio prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios, es decir proporcionados, para la realización de propósitos militares legítimos. Más aún, el principio de humanidad también confirma la inmunidad fundamental de las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado. Así, la conducción de las hostilidades por las partes en todo conflicto armado debe ser adelantada dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, incluyendo las restricciones y protecciones inherentes a los principios de necesidad militar y humanidad"[217].

> *"Este principio, aplicable a todos los objetivos, significa simplemente que las partes en un conflicto están prohibidas de emplear armas, proyectiles o materiales diseñados a causar el sufrimiento innecesario. Está estrechamente ligado al principio de necesidad, puesto que se extiende a la destrucción innecesaria de propiedades"*[218].

Por virtud del mismo, se pueden extraer las siguientes características:

- *Es una prohibición a usar armas que se estima pueden causar un sufrimiento innecesario (ej. Proyectiles llenos de vidrio)* [219].
- *Es una prohibición de usar las armas legales en otro modo que cause un sufrimiento innecesario*[220].
- *Como elemento esencial de estas prohibiciones, es que se ejecuten con intención dolosa*[221].

El proceso para la toma de decisiones al interior de las Fuerzas Militares en cada una de sus etapas debe estar regido por los anteriores principios, conforme ya se estableció en el Plan Integral de DDH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional. La Disposición 012 del 5 de marzo de 2008 realiza una primera consagración expresa sobre los mismos en el artículo 3°[222]:

> *"77. Todo esto demuestra que la conducción de operaciones militares está gobernada por un cuerpo de prescripciones jurídicas. Esto es así porque «[l]os beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo», según dispone el artículo 22 del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Declaración de San Petersburgo ya había condenado el uso de armas «armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable». El mencionado Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre,*

215 UK MINISTRY OF DEFENSE. *"The Manual of the law of armed conflict"*. Oxford University Press, 2004, p. 23. "*Humanity forbids the infliction of suffering, injury, or destruction not actually necessary C.C. No.79.568.575 de Bogotá the accomplishment of legitimate military purpose".*

216 Sobre la consagración de este principio en instrumentos internacionales véase el artículo 22 del Convenio de La Haya.

217 Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tomada de http://cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4.htm

218 Capitán SCHOENEKASE, Daniel, *Las decisiones acerca de la Selección de Blancos Concernientes a los Escudos Humanos.* http://usacac.leavenworth.army.mil/CAC/milreview/download/Spanish/NovDec04/schoen.pdf.

219 Comparar con Law of War Workshop Deskbook 2005, posted Sep 2004, International ans Operational Law Department, Judge Advocate General's School, US Army, Charlottesville, VA.

220 Comparar con Law of War Workshop Deskbook 2005, posted Sep 2004, International ans Operational Law Department, Judge Advocate General's School, US Army, Charlottesville, VA.

221 Comparar con Law of War Workshop Deskbook 2005, posted Sep 2004, International ans Operational Law Department, Judge Advocate General's School, US Army, Charlottesville, VA.

222 Disposición 012 de marzo 5 de 2008, artículo 3°.

anexo a la Convención de La Haya IV de 1907, prohíbe el uso de «armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios» (art. 23).

"78. Los principios cardinales contenidos en los textos constitutivos de la red de derecho humanitario son los siguientes. El primero persigue la protección de la población civil y los objetos civiles y establece la distinción entre combatientes y no combatientes. Los Estados jamás pueden hacer de los civiles el objeto de ataque y en consecuencia jamás deben usar armas que sean incapaces de discriminar entre blancos civiles y militares. Conforme al segundo principio, está prohibido causar sufrimiento innecesario a los combatientes: en consecuencia resulta prohibido usar armas que les causen tal daño o que agraven inútilmente su sufrimiento. En aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen libertad ilimitada en la elección de medios en las armas que utilizan.

"En relación con estos principios, la Corte también destaca la Cláusula Martens, que se incluyó por primera vez en la Convención de La Haya II relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y que ha resultado un medio efectivo de responder a la rápida evolución de la tecnología militar"[223].

7.2.5. Reglas de enfrentamiento

"Existen las reglas de enfrentamiento como un conjunto de normas que integran obligaciones del DIH y de los DDHH al lenguaje operacional y delimitan el uso de la fuerza tanto en la defensa personal como en la ejecución de operaciones ofensivas"[224].

Éstas deben ser emitidas por una autoridad militar competente y de rango superior. Señalan facultades y limitaciones bajo las cuales las Fuerzas Militares podrán emplear la fuerza. Sirven para señalar al comandante los parámetros dentro de los cuales debe actuar para cumplir la misión. De igual forma sirven para establecer los límites a las posibilidades del Comandante para el uso de la fuerza y la utilización de determinadas armas o tácticas. Impone restricciones legales para el cumplimiento de la misión. Ofrece posibilidades más o menos amplias de uso de la fuerza dentro de la legalidad.

Existen Reglas de Enfrentamiento del Comando General de las Fuerzas Militares y de cada Fuerza en particular. Cada operación debe obedecer las Reglas de Enfrentamiento específicas que contienen instrucciones de coordinación detalladas, manejan un alto nivel de especificidad, y varían según el nivel de cada Unidad, el contacto con la población y el contexto en el que se desarrolla la operación.

"Los señores Comandantes del Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, el Comando Conjunto Nº 1 «Caribe» y las Fuerza de Tarea Conjunta «Omega», así como los Comandantes de las Unidades Operativas Mayores, Menores y Tácticas implementarán las Reglas de Enfrentamiento específica para las operaciones que desarrollen de acuerdo con su misión, tomando como base las directrices trazadas en la presente Disposición. Además elaborarán las tarjetas de reglas de enfrentamiento para todo el personal de las unidades, redactadas en un lenguaje sencillo, claro y eficaz"[225].

- Toda Acción Militar o Misión Militar se puede iniciar siempre y cuando se cumplan a cabalidad los siguientes requisitos:
  - Se debe tener claridad sobre la misión a desarrollar.
  - Se debe tener claro el objetivo militar.
  - Debe existir la autorización respectiva del Comandante para el empleo de las armas.
  - En caso de duda sobre la calidad de objetivo militar, se debe abstener de ejecutar la acción.
- Se emplearán las armas cuando el Comandante ordene abrir fuego contra objetivos militares previamente seleccionados, una vez que se haya verificado que no se trata de un bien protegido y se dirige en contra de un enemigo que participa directamente en las hostilidades.
- Cuando exista una agresión actual o inminente se pueden usar las armas en defensa propia o de terceros. En lo posible, la respuesta debe ser proporcional a la agresión.

[223] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza de usar o del uso de armas nucleares del 8 de julio de 1996.

[224] Documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar.

[225] Disposición 012 del 5 de marzo de 2008, artículo 4º.

- Use la fuerza primero, si y solo si advierte indicios claros de acto o acción hostil o amenazas de ellos o si identifica una fuerza hostil.

- En uso de los uniformes, prendas, insignias y distintivos reglamentarios, en desarrollo de las operaciones militares, se tomarán todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra, que de acuerdo a las circunstancias reduzca todo lo posible los daños que pudieran causar incidentalmente entre la población civil y los bienes de carácter civil.

- Cuando el enemigo abra fuego escudándose en la población civil, con personas o bienes protegidos, sólo actúe en el momento y en la proporción que ordene el Comandante.

- Los bienes civiles culturales y sanitarios no serán usados con fines militares, ni atacados o neutralizados, salvo cuando estos sean hechos objetivo militar, por su contribución eficaz a la acción militar del enemigo y si ofrecen en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

- Al enemigo rendido, herido o capturado se le respetará la vida. Desármelo, bríndele asistencia médica y póngalo inmediatamente a disposición de la autoridad competente dentro del término de la distancia[226].

Ahora bien, el Proceso Militar de la Toma de Decisiones (PMTD) es útil para el Comandante y su equipo asesor, como instrumento de ayuda en el desarrollo de apreciaciones para la realización de un plan. A continuación se presentan algunos elementos que pueden considerarse en el Proceso Militar de la Toma de Decisiones. Debe aclararse que el operador jurídico al evaluarlos debe tener en cuenta las circunstancias en las que se planean y ejecutan las operaciones; en este sentido no deben estudiarse como un listado taxativo[227]:

- Adaptación del enfoque analítico hacia la resolución de problemas.
- Facilita al comandante y a su equipo asesor estudiar una situación del campo de combate y tomar decisiones lógicas.
- El PMTD es detallado, planeado, continuo, exige mucho tiempo y se usa cuando existe suficiente tiempo para el planeamiento y un apoyo adecuado del equipo asesor para examinar minuciosamente los numerosos cursos de acción amigos y enemigos.
- El PMTD es la base sobre la que descansa el planteamiento en un ambiente de tiempo limitado[228].

El Comandante es el sujeto responsable del PMTD y quien tiene la decisión final sobre los procedimientos a seguir en cada situación. Por ello, aún cuando cuenta con la asesoría de su equipo de trabajo que para el caso de la Fuerza Aérea, la Armada Nacional y el Ejército Nacional incluye un Asesor Legal de Operaciones, es aquél quien decide los procedimientos a seguir.

Igualmente, dentro del proceso se debe ofrecer un direccionamiento y enfoque a los oficiales del equipo asesor. El grado de participación del comandante se incrementa cuando el tiempo en el proceso es menor y su equipo asesor es menos experimentado.

El Jefe de Estado Mayor u Oficial Ejecutivo administra, coordina y pone en orden el trabajo del equipo asesor, e igualmente proporciona control de calidad.

Para la ejecución debida del PMTD se requiere realizar previamente reconocimiento para la recolección temprana de información, luego de haber ejecutado un plan de reconocimiento inicial. La información que se recopile durante el reconocimiento puede derivar en la modificación o eliminación de planes iniciales. En caso que el plan cambie por la labor de reconocimiento inicial, el Comandante deberá también variar su objetivo de reconocimiento. Durante el proceso de reconocimiento de un objetivo el comandante debe observar si los beneficios son mayores a los riesgos que se van a tomar.

a) Paso 1 del PMTD[229]

En este paso se prepara el planeamiento luego de haberse recibido o anticipado una nueva misión. Luego de haber laborado con su equipo asesor los primeros análisis sobre la misión encomendada, el comandante emite una anteorden a las unidades subordinadas y de apoyo.

[226] Derecho Operacional para Operadores Judiciales. Escuela de Justicia Penal Militar DDH y DIH.

[227] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

[228] Seminario "*Derecho Operacional para operadores judiciales*", Escuela de Justicia Penal Militar DDHH y DIH.

[229] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

En este paso se recolectan los documentos necesarios para la ejecución de la misión; se determina el tiempo aproximado para la planificación, preparación y ejecución de la misma; determina la preparación de inteligencia del campo de combate. Como resultado de lo anterior, se extracta una asignación de tiempo.

Luego de todo ello se emite la guía inicial del comandante, la cual contiene la asignación inicial de tiempo, los oficiales de enlace enviados, el momento para comenzar el reconocimiento inicial, movimientos autorizados y tareas adicionales que considera el comandante debe realizar el equipo.

La anteorden contiene la distribución de unidades subordinadas y de apoyo, el tipo de operación, ubicación general de la operación, asignación inicial de tiempo, movimiento y el movimiento o reconocimiento que se debe iniciar.

b) Paso 2 del PMTD[230]

Este paso tiene como finalidad definir el problema táctico y la búsqueda de soluciones factibles luego que el comandante ha observado el campo de combate. Se analiza el propósito de la misión en compañía del equipo asesor. Los pasos para el análisis de la misión son los siguientes:

- Analizar la orden del escalón superior (establece su posición horizontal o vertical no sólo para la maniobra sino para las operaciones de apoyo).
- Conducir el PICCI:
  - Definir el ambiente del campo de combate.
  - Describir los efectos del campo de combate.
  - Evaluar la amenaza.
  - Determinar los C/As enemigos.
- Determinar las tareas impuestas, deducidas, inherentes y esenciales.
- Comprobar los recursos disponibles (se examinan cambios para el combate, determina la suficiencia de los medios a emplear e identifica la existencia de recursos adicionales).
- Determinar las limitaciones.
- Determinar los hechos críticos y suposiciones.
- Conducir la evaluación de riesgo (riesgo táctico y accidental).
- Determinar los RICC iníciales:
  - Elementos esenciales de inteligencia.
  - Requerimientos de información de propias tropas.
  - Elementos esenciales de información propias tropas.
- Determinar el anexo de reconocimiento inicial.
- Planear cómo emplear el tiempo disponible.
- Escribir la misión reestructurada (basada en el análisis de la misión):
  - Misiones a orden.
  - Estar preparados para.
- Conducir una orientación del análisis de la misión.
- Aprobar la misión reestructurada.
- Desarrollar la intención del comandante (esta intención debe ser clara y concisa de lo que la fuerza debe desempeñar para tener éxito).
- Emitir la guía de planeamiento.
- Emitir la segunda anteorden.
- Revisar hechos y suposiciones.

En este momento se desarrollan los pasos de la Preparación de Inteligencia del Campo de Combate, en el que se determina el ambiente del campo de batalla, la capacidad de la amenaza y los principio doctrinarios, tácticos, técnicas y procedimientos que el enemigo prefiere emplear, determinar los blancos de alto valor y lucrativos, la capacidad del enemigo, entre otras.

[230] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

c) Paso 3 del PMTD[231]

La guía de planeamiento, producto del anterior paso, permite producir un plan flexible y comprensivo dentro de las limitaciones del tiempo. Los C/A deben cumplir con los criterios de suficiencia, factibilidad, aceptabilidad, diferenciación e integridad.

d) Paso 4 del PMTD[232]

En este paso se identifica cuál C/A cumple la misión con el menor número de bajas mientras que ubica la fuerza en la mejor posición posible a fin de retener la iniciativa para futuras operaciones, lo que se hace mediante un juego de guerra. Enfoca la atención en cada fase de la operación en una secuencia lógica. Permite el análisis, mejora y determinación de los puntos fuertes y débiles del C/A. Sigue un ciclo de acción-reacción-contrarreacción.

Los pasos del juego de guerra son:

- Determinar los medios.
- Especificar todas las propias tropas.
- Enumerar los eventos críticos conocidos y los puntos de decisión.
- Determinar las normas de evaluación.
- Seleccionar la técnica de juego de guerra a usarse.
- Seleccionar un método para anotar y mostrar los resultados.
- Someter el combate al juego de guerra y evaluar los resultados.

Luego de todo ello se aplica el método de sincronización que permite al Estado Mayor sincronizar el C/A a través de tiempo y espacio en relación al C/A enemigo. Este método se puede convertir en un producto gráfico de la toma de decisiones. La matriz se desarrolla de acuerdo a áreas funcionales escogidas o unidades en la matriz.

Finalmente, se hace una Hoja de Tareas que contiene anotaciones concernientes a ubicaciones críticas o tareas.

d) Paso 5 del PMTD[233]

El Comandante analiza y evalúa las ventajas y desventajas de cada C/A desde su perspectiva. Identifica la C/A que tiene más alta probabilidad de éxito contra el C/A. En este punto se evalúa que la misión represente el mínimo de riesgo a que se exponen los soldados, equipo y cumplimiento de la misión; situar a la fuerza en mejor posición para el éxito de las operaciones futuras; ofrecer flexibilidad para hacer frente a factores desconocidos durante la ejecución, y ofrecer a los subordinados latitud máxima para la iniciativa.

e) Paso 6 del PMTD[234]

Aquí el comandante selecciona el C/A que considera ser el más ventajoso, donde además podrá cambiar su intención. Emite las instrucciones para la ejecución de la misión. Luego emite la tercera anteorden con la información esencial para que las unidades subordinadas puedan modificar sus planes.

Esta anteorden debe contener los siguientes elementos:

- Cartas requeridas.
- La situación enemiga y eventos de inteligencia de significado.
- La misión o tareas del comando que emite la orden.
- Órdenes para acción preliminar, incluyendo reconocimiento y vigilancia.
- Instrucciones de coordinación.
- Instrucciones de apoyo para elementos de apoyo de servicio para el combate, cualquier equipo especial necesario, reagrupamiento o transporte, o el movimiento preliminar de unidades[235].

f) Paso 7 del PMTD[236]

Con base en la decisión y la guía final del comandante, el equipo asesor modifica el C/A, complementa el plan y

[231] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

[232] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

[233] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

[234] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

[235] Seminario "*Derecho Operacional para operadores judiciales*", Escuela de Justicia Penal Militar DDHH y DIH.

[236] Comparar con documento suministrado al autor en el marco del proyecto por Justicia Penal Militar, elaborado por Teniente Coronel Carlos Eduardo Mora Gómez.

se prepara para emitir la orden. El Comandante verifica y aprueba las órdenes antes de que el equipo asesor reproduzca y emita instrucciones.

En cada uno de los estamentos del PMTD los miembros encargados de ello debe tener plena observancia de los *principios de Derechos Internacional Humanitario* que permita el uso adecuado de los medios y métodos de la fuerza.

7.3. ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO

A continuación se analizarán los parámetros establecidos para determinar la competencia de los jueces y fiscales para conocer de los actos delictivos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Se hace necesaria la determinación de qué actos están relacionados con el servicio, siendo estos últimos los únicos para los cuales son competentes estos operadores judiciales.

El artículo 221 de la Constitución Política establece lo siguiente, como primera pauta sobre los actos relacionados con el servicio:

> *"De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro".*

A su turno, el artículo 216, inciso 1, de la Carta Política consagra:

> *"La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional".*

En armonía con estas disposiciones constitucionales, podemos encontrar los artículos 1º y 2º de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, que en su tenor literal, establecen:

> *"De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro".*
>
> *"Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública".*

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforman la Fuerza Pública de nuestro país, razón por la cual, como se colige de las normas transcritas anteriormente, el fuero se extiende a los miembros de la Policía Nacional. Esta situación era distinta bajo la Constitución de 1886, cuando los miembros de la Policía Nacional tan sólo tenían *fuero legal*.

De conformidad con la Constitución y el Código Penal Militar, el Fuero Penal Militar debe ser aplicado a los miembros de la Fuerza Pública cuando incurran en delitos en servicio activo y en relación con el mismo. Los delitos relacionados con el servicio son aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia, de conformidad con lo reglado en el Código Penal Militar.

Estas expresiones no ofrecen mayor claridad al momento de aplicar o no el Fuero Penal Militar en cada caso concreto, razón por la que veremos a continuación una serie de pautas que permiten establecer con más exactitud cuándo debemos acudir a tal fuero para investigar y juzgar a un miembro de la fuerza pública.

En primer lugar vale la pena determinar el carácter excepcional del Fuero Penal Militar:

Según la doctrina[237] el fuero, en su acepción más específica, es una excepción al principio de igualdad ante la ley, según el cual todo ciudadano que cometa una conducta punible deberá someterse a los procedimientos preestablecidos ante la jurisdicción ordinaria.

Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional a través de varios pronunciamientos, donde deja por sentado que el Fuero Penal Militar sólo puede ser aplicado excepcionalmente, bajo estrictos criterios que impidan una

[237] Véase, VELÁSQUEZ PEÑA, Edgard, *Comentarios al Nuevo Código Penal Militar*, 1ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.

extensión irracional hacia el tratamiento de delitos ajenos a las funciones propias de la Fuerza Pública. Veamos:

> *"La Carta señala que en principio corresponde a la Fiscalía General la investigación e instrucción de los delitos, pero la Constitución establece también el fuero militar, en virtud del cual, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio son conocidos por la justicia penal militar. Una armonización de esos dos mandatos implica, como esta Corte lo ha señalado, que el fuero militar es una excepción a la regla general, según la cual corresponde a la justicia penal ordinaria la investigación y sanción de los delitos. Precisamente por tal razón, el propio artículo 250 de la Carta, al establecer que corresponde a la Fiscalía General la investigación de los delitos y la acusación de los presuntos infractores, exceptúa de tal competencia los hechos punibles amparados por fuero militar, esto es, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. La propia Carta establece que no corresponde a la Fiscalía General sino a la justicia militar investigar y acusar a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hayan cometido delitos en relación con el servicio"*[238].

En armonía con esta postura, la Honorable Corte Suprema de Justicia afirmó:

> *"Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado"*[239].

Por último, con el objeto de ratificar el carácter excepcional del Fuero Penal Militar, la Sentencia C-358 de 1997 constituye uno de los pronunciamientos más importantes en esta temática:

> *"(…) la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que* ***en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria****, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción"* (subraya y negrilla fuera de texto).

Nótese cómo la Corte Constitucional, ejerciendo su función de interpretar y darle un alcance a las normas acorde con la Carta Política, nos indica que al ser excepcional el Fuero Penal Militar, sólo debe ser aplicado cuando se demuestren los presupuestos necesarios para su existencia, de manera que, en caso de duda acerca de cuál es la jurisdicción aplicable, la decisión deberá recaer a favor de la justicia ordinaria.

En este orden de ideas, queda claro que el fuero penal militar es una excepción a la regla general de competencia. Por ningún motivo constituye un privilegio del que gozan los miembros de la fuerza pública por el simple hecho de pertenecer a ella. De esta forma, tener la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, no significa *per se* la aplicación de la justicia penal militar, ya que es necesario que concurran una serie de requisitos adicionales que serán analizados más adelante.

En Sentencia C-358 de 1997 la Corte Constitucional, refiriéndose a la excepcionalidad del Fuero Castrense, indicó tajantemente que sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga una relación directa, un nexo estrecho, con la función que la Constitución le asigna a ésta; esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano[240].

De tal manera, al no existir el vínculo directo entre el delito y la función militar o policial, y en razón del carácter excepcional y restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla

[238] Corte Constitucional, Sentencia C-1054 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[239] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de Mayo de 2006. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

[240] Constitución Política, Artículos 217 y 218.

sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, según la Corte en tal pronunciamiento:

> *"(…) produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello (…)"*[241].

En el mismo pronunciamiento, la Corte explicó la excepcionalidad del fuero, indicando lo siguiente:

> *"La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la **especialidad** del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especia" (subraya y negrilla fuera de texto)*[242].

Por otro lado, la misma Corporación, en Sentencia C-1054 de 2001, ratificando lo antes expuesto, explicó dos requisitos fundamentales para la aplicación de la excepcionalidad del fuero:

> *"Es indudable que los jueces de instrucción penal militar tienen una competencia excepcional, pues sólo pueden investigar los hechos punibles amparados por fuero militar. Por ello, para que estos jueces de instrucción penal militar tengan competencia es necesario no sólo que el presunto delincuente sea miembro activo de la Fuerza Pública **(elemento subjetivo)** sino que además el delito cometido **tenga una relación directa con el servicio (elemento funcional)**. Igualmente, es obvio que esos funcionarios deben respetar la doctrina constitucional desarrollada por esta Corte sobre el alcance del fuero militar. Nótese que la propia norma señala que su competencia cubre únicamente los delitos que son de conocimiento de la justicia militar, por lo cual es claro que los jueces de instrucción militar sólo pueden investigar e instruir los delitos amparados por el fuero militar, en los términos señalados por la doctrina constitucional"*[243] (subraya y negrilla fuera de texto).

En concordancia con lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en el seno de su Sala Penal, explicó:

> *"En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas **relacionadas con el servicio**. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de «relación con el servicio», el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una «correspondencia» entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho"*[244].

Así las cosas, dejando claro el carácter excepcional del Fuero Penal Militar y las razones por las cuales debe ser entendido de tal manera, debemos analizar, tal y como lo han hecho las Altas Cortes y la Doctrina, el alcance de la expresión ***"en relación con el mismo servicio"*** que consagra la Constitución Política y el Código Penal Militar, y que ha sido denominada por la jurisprudencia como el ***elemento funcional,*** necesario para la aplicación del fuero.

De antaño, bajo la vigencia de la Constitución de 1886 se vislumbró una discusión sobre qué debía entenderse

[241] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[242] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[243] Corte Constitucional, Sentencia C-1054 de 2001. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

[244] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 13 de febrero de 2003, Radicado 15.705.

como *actos relacionados con el servicio*, cuya importancia derivaría en la responsabilidad penal de los comandantes y ejecutores de una operación militar. Sin embargo, desde ese mismo entonces se inició la creación de una doctrina, hoy en día muy amplia sobre la noción de *actos relacionados con el servicio.*

> *"¿Qué puede entenderse por servicio? De una manera general, todo acto que tenga por objeto el cumplimiento de los deberes militares, todo lo relativo a las actividades propias de la institución; y, de un modo concreto, las reglas establecidas en los respectivos reglamentos militares"*[245].

La Corte Constitucional en sus primeros pronunciamientos sobre ello, adujo que:

> *"Haciendo expresa referencia a la configuración de las potenciales conductas delictivas, la Corte señaló que la competencia de la justicia penal militar se extiende a dos tipos de delitos: los intrínsecamente militares y los comunes que guarden relación con el mismo servicio.* ***En lo que se refiere a la expresión «relación con el mismo servicio», aclaró que la misma hace mención específica a aquellas actividades que, en forma concreta y directa, están dirigidas al cumplimiento o realización material de las funciones propias de la fuerza pública como son, en el caso de las fuerzas militares, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y en el caso de la Policía Nacional, el mantenimiento de la convivencia pacífica y de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas****"*[246] (negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por una parte, la Sentencia de la Corte Constitucional C-358 de 1997, al respecto aduce que:

> *"…para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales"*[247].

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es de tal importancia, que nos permite extraer dos aspectos significativos sobre la competencia de la jurisdicción penal militar cuando se trate de actos relacionados con el servicio:

> *"El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los Derechos Humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.*
>
> *"El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda*

[245] ROSALES, Ramón, "La Responsabilidad Penal del Militar por Orden Superior", en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 143-144, julio de 1941, p. 48.

[246] Corte Constitucional, Sentencia T-1101 de 1991.

[247] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria...".

Sobre los *actos relacionados con el servicio,* este mismo pronunciamiento indica que:

"Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública (...).

"(...) La expresión «relación con el mismo servicio», a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan «relación con el mismo servicio». El término «servicio» alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–"[248].

Continuamos nuestro análisis de las pautas jurisprudenciales para la definición de qué actos están relacionados con el servicio, mencionando un pronunciamiento proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo el siguiente tenor:

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

"a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales;

"b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la fuerza pública (...);

"c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la Justicia Penal Militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción"[249].

Acerca de la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública, cabe decir lo siguiente:

[248] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[249] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

La calidad de Miembro Activo de la Fuerza Pública no implica que por el solo hecho de ostentar la misma la competencia para conocer de los delitos cometidos por ellos sea de la jurisdicción penal militar, por cuanto pertenecer a la fuerza pública y encontrarse en servicio activo no conlleva la aplicación del fuero penal militar del cual gozan sus miembros, pues así lo ha expresado la jurisprudencia en repetidas oportunidades:

> *"Como consecuencia de lo anterior, anotó la Corte que la sola circunstancia de pertenecer a la fuerza pública e incurrir en una conducta delictiva, ya sea en tiempo de servicio, utilizando o no prendas distintivas, haciendo uso de instrumentos de dotación o aprovechándose de la investidura, no es criterio válido para desplazar al derecho penal común y considerar que el conocimiento del hecho punible corresponde a la justicia penal militar"*[250].

Tesis que ha sostenido y reiterado en otras oportunidades, así:

> *"El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. (...).*
>
> *"(...) Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se halla aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública"*[251].

Apreciación compartida por la Corte Suprema de Justicia en el siguiente sentido:

> *"(...) es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar"*[252].

Es claro entonces que el fuero penal militar es una excepción a la regla general de competencia, más no constituye un privilegio del cual gozan todos y cada uno de los miembros de la fuerza pública, por hacer parte de dicho cuerpo público, de manera que ostentar la calidad de soldado profesional y estar en servicio activo no significa la asignación de competencia en cabeza de la justicia penal militar, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un delito común, siendo necesario que concurran una serie de requisitos adicionales que serán analizados a lo largo del presente escrito.

Sobre los actos relacionados con el servicio, estos han de entenderse como aquéllos íntimamente relacionados con las finalidades para las cuales fueron creadas como Fuerza Pública las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, esto es, en protección de la soberanía, la paz, el territorio nacional y el orden público, así como el ejercicio de las libertades y derechos individuales.

7.4. LÍNEA DE MANDO

La línea de mando existe al interior de organizaciones piramidales, como es el caso de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, con el objeto que exista una obediencia debida por parte de los subalternos de conformidad con la organización estratificada previamente establecida en un ordenamiento. De esta forma, por virtud de la misma, se ejerce supervisión y control por parte de los superiores, por los actos ejecutados por sus subalternos; se impone autoridad y somete la voluntad de éstos frente a las órdenes impartidas por aquéllos.

Se justifica la existencia de la línea de mando en organizaciones piramidales para garantizar disciplina y obediencia en el cumplimiento de las órdenes impartidas para la consecución de los fines para los cuales fueron creadas. La importancia de la misma se deriva en que el mando al interior de estas instituciones debe estar a cargo de personas idóneas y competentes, con la plena capacidad de dirigir actos militares de toda índole y que cuenten con la legitimidad suficiente para ser obedecidos por sus subalternos. De allí la importancia que se establezcan

[250] Corte Constitucional, Sentencia T-1101 de 1991.

[251] Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.

[252] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P.: Jorge Córdoba Poveda.

parámetros objetivos y lo suficientemente motivados para la escogencia de los miembros que ejercerán mando, conforme a los escalafones previamente determinados.

Estos miembros tendrán bajo su responsabilidad la emisión de órdenes a sus respectivos subalternos, que por regla general deberán ser obedecidas. De igual manera, éstos tienen la posibilidad de consultar sus actos a sus superiores, de conformidad con la organización establecida para la línea de mando.

En Colombia la línea de mando existe para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como una organización estratificada de forma descendente, en la que los miembros que ocupan cargos inferiores, conforme a los escalafones, deben obedecer las órdenes de mando dadas por sus superiores. De allí que exista la *obediencia debida*, como la actitud que debe adoptar un subalterno frente a las órdenes de sus superiores, obediencia debida que se aplica por regla general a las órdenes de mando, pero que no es válida cuando se emite una orden ilícita o contraria a los fines del servicio (ej. órdenes que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario).

En Colombia la línea de mando se encuentra regulada desde la Constitución Política, la cual nos ilustra sobre la persona que ocupa el primer eslabón de esa pirámide. El numeral 3° del artículo 189 de la Constitución Política consagra que el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de Colombia y encargado de dirigir la Fuerza Pública, es el Presidente de la República[253].

La Fuerza Pública es aquélla *fuerza* considerada como legítima para garantizar la seguridad pública, independencia, soberanía e integridad del territorio de una Nación, así como las condiciones para el ejercicio de derechos y libertades públicas que aseguren la convivencia en paz de los habitantes al interior de una Nación, y también la independencia y soberanía en el territorio de un Estado. En nuestro país la Fuerza Pública la ejercen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional[254].

Las Fuerzas Militares a su vez están compuestas por el Ejército Nacional, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional. Tienen como fines constitucionales la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional[255].

Por su parte, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil, cuyo fin es garantizar el ejercicio de derechos y libertades públicas que aseguren la convivencia en paz de los habitantes[256].

Los miembros de la Fuerza Pública no son deliberantes, lo que significa que no se pueden reunir, salvo que medie una orden de autoridad legítima; no se pueden sindicalizar, no pueden dirigir peticiones, no pueden ejercer el sufragio mientras permanezcan en servicio activo y no pueden participar en actividades de los partidos políticos u otro tipo de actividades políticas[257].

Actualmente la organización de la jerarquía al interior de las Fuerzas Armadas de Colombia se encuentra consagrada en el Decreto 1790 de 2000 "*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*".

En su artículo 5° el mandato constitucional reitera que el Presidente de la República será el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y, como tal, las dirige y dispone de ellas, agregando que puede hacerlo directamente o por conducto del Ministerio de Defensa Nacional.

> ***"Artículo 5º. Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas.*** *El Presidente de la República es el*

[253] ***Artículo 189****. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)* ***3.*** *Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República"* (subraya fuera del texto original).

[254] ***Artículo 216.*** *La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

[255] ***Artículo 217.*** *La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

[256] ***Artículo 218.*** *La ley organizará el cuerpo de Policía.*

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

[257] ***Artículo 219.*** *La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley.*

Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y como tal las dirige y dispone de ellas, directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional".

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del acápite *"o por conducto del Ministro de Defensa Nacional"*, en el entendido que el Decreto no delegó la Función de Jefe de Gobierno de dirigir la Fuerza Pública en el Ministro de Defensa, sino que el Presidente de la República podrá materializar esa función directamente o por conducto del Ministro de Defensa:

"Bajo esta perspectiva resulta claro para la Sala que la función asignada por la Constitución Política al Presidente de la República para dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República (art. 189 numeral 3 C.P.), la ejerce como Jefe de Estado, siendo por tanto una potestad indelegable con arreglo a lo afirmado por la jurisprudencia constitucional.

> *"En este sentido la Sala debe precisar que la* ***delegación****, si bien comporta el desprendimiento de la función y su responsabilidad, que por ende recaen en el delegatario,* ***debe diferenciarse del acto material de ejecución de la potestad del Presidente de la República; de suerte tal que en el presente caso lo que la ley señala y prevé es una función que el Presidente puede ejecutar directamente o a través del Ministro de Defensa, en el exclusivo ámbito de la materialización de la función, que no de la delegación"***[258] (negrilla fuera del texto original).

En los artículos 6° y 10 del Decreto en comento se establece la jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares ***para efectos de mando***, régimen disciplinario, régimen interno y Justicia Penal Militar, al igual que la clasificación general según sus funciones para los Oficiales y Suboficiales[259]. Lo mismo ocurre con el artículo 5º del Decreto 1791 de 2000, *"Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional"*, para este cuerpo armado de carácter civil[260].

7.4.1. Oficiales

a) Ejército

- ***Oficiales de las Armas***

Son oficiales de las armas en el Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y la conducción de los elementos de combate y apoyo de combate del Ejército en todos los escalones de la jerarquía militar. Los elementos de combate y de apoyo de combate en el Ejército son aquellos que operan dentro de las modalidades y características de la Infantería, la Caballería, la Artillería, los Ingenieros, las Fuerzas Especiales, la Aviación, la Inteligencia Militar y las Comunicaciones[261].

Para el ascenso de Oficiales del Ejército hasta el grado de Capitán es requisito acreditar en cada grado los siguientes tiempos mínimos de comando de tropas o desempeño de cargos[262]:

- *Subteniente:* Dos (2) años como Comandante de Pelotón, Sección o Unidad Técnica o Especial equivalente.

- *Teniente:* Dos (2) años como Comandante de Pelotón, Sección o Unidad Técnica o Especial equivalente, o como Ejecutivo de Unidad Fundamental.

- *Capitán:* Dos (2) años como Comandante de Unidad Fundamental o de Unidad Especial o como Segundo Comandante de Unidad Técnica o Especial.

Para adquirir una especialidad de combate, previa al ingreso a los cursos de capacitación, se fijaron los siguientes cursos:

- *Para Oficiales de las Armas del Ejército:*

  Combate urbano.
  Contraguerrillas.
  Fuerzas Especiales.
  Inteligencia.
  Lancero.

[258] Corte Constitucional, Sentencia C-757 del 17 de septiembre de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería. Expediente D-3940.

[259] Véase los artículos 6° y 10 del Decreto 1790 de 2000.

[260] Véase artículo 5° del Decreto 1791 de 2000.

[261] Ley 1104 de 2006, artículo 12.

[262] Decreto 0095 de 1989, artículo 49.

Paracaidista militar.
Operaciones psicológicas[263].

b) Armada

- ***Oficiales del Cuerpo Ejecutivo***

El Cuerpo Ejecutivo lo conforman todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y conducción de las operaciones navales. Son especialidades del Cuerpo Ejecutivo las siguientes:

Especialidad superficie.
Especialidad ingeniería naval.Especialidad submarino.
Especialidad aviación naval.
Especialidad cuerpo de infantería de marina.
Especialidad cuerpo logístico.

Para el ascenso de los Oficiales de la Armada Nacional hasta el grado de Teniente de Navío o Capitán de Infantería de Marina, se exige como requisito especial un tiempo mínimo de embarco, *de mando*, de horas de vuelo o desempeño de cargos en cada grado, así:

– *Oficiales del Cuerpo Ejecutivo superficie, submarinos e ingeniería naval:*

Teniente de Corbeta: Dos (2) años de embarco.
Teniente de Fragata y Teniente de Navío: Dos (2) años de embarco en el lapso de los dos grados, siendo obligatorio uno de ellos en el grado de Teniente de Navío.

– *Oficiales del Cuerpo Ejecutivo aviación naval:*

Teniente de Corbeta: Cien (100) horas de vuelo.
Teniente de Fragata: Ciento cincuenta (150) horas de vuelo.
Teniente de Navío: Doscientas (200) horas de vuelo[264].

Para adquirir una especialidad de combate, previa al ingreso a los cursos de capacitación, se fijaron los siguientes cursos:

– *Para Oficiales del Cuerpo Ejecutivo de Infantería de Marina de la Armada:*

Combate fluvial.
Comando submarino.
Contraguerrillas.
Fuerzas Especiales.
Inteligencia.
Lancero.
Paracaidista militar.
Reconocimiento anfibio y demoliciones submarinas[265].

- ***Oficiales del Cuerpo de Infantería Marina***

Son Oficiales del Cuerpo de Infantería de Marina todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de ejercer el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate de Infantería de Marina en las operaciones propias de dicho cuerpo, siendo la única especialidad del Cuerpo de Infantería de Marina, la de Fusileros.

Los Oficiales del Cuerpo de Infantería de Marina hasta el grado de Capitán, inclusive, para ascender al grado inmediatamente superior, deberán acreditar *un tiempo mínimo de mando* de tropa en una unidad de su especialidad o sus equivalentes en el Ejército en cada grado, igual al establecido para los Oficiales de las Armas de dicha Fuerza[266].

c) Fuerza Aérea

- ***Oficiales del Cuerpo de Vuelo***

Son Oficiales pilotos todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad de ejercer el mando y la conducción de las Unidades Aéreas. Son Oficiales de Vuelo en la Fuerza Aérea los pilotos y los especialistas. Son Oficiales especialistas todos aquellos formados, entrenados y capacitados para cumplir funciones complementarias de vuelo y ***accesorias en el mando*** y conducción de las Unidades Aéreas.

Los oficiales de vuelo se encargan de desarrollar las operaciones aéreas para garantizar la soberanía,

[263] Decreto 1495 de 2002, artículo 29.
[264] Decreto 1428 de 2007, artículo 59, modificado por el artículo 15 de la Ley 1104 de 2006.
[265] Decreto 1495 de 2002, artículo 29.
[266] Decreto 1790 de 2000, artículo 59.

independencia y orden constitucional. Los pilotos son formados, entrenados y capacitados para ***ejercer el mando*** y la conducción de las unidades aéreas[267].

- ***Oficiales del Cuerpo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas***

Son oficiales del Cuerpo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer el mando y la conducción de unidades terrestres y antiaéreas de seguridad, apoyo para el combate y demás relacionadas para brindar seguridad a la operación de unidades aéreas de combate, defensa de las bases aéreas y la infraestructura aeronáutica de las mismas.

En esta especialidad se desarrollan profesionalmente los oficiales que dirigen procesos de seguridad y defensa en las Bases Aéreas e instalaciones de la Fuerza Aérea, quienes se capacitan en cursos de combate como el paracaidismo, seguridad y defensa de bases aéreas, manejo y operación de armamento, entre otros.

Por otro lado, las unidades del Ejército, Armada y Fuerza Aérea también están compuestas por *Oficiales del Cuerpo Logístico, Oficiales del Cuerpo Administrativo y Oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar*, los cuales cumplen las siguientes funciones:

- ***Oficiales del Cuerpo Logístico***

Los oficiales del cuerpo logístico de las Fuerzas Militares son todos aquellos egresados de cursos regulares de las Escuelas de Formación de Oficiales, entrenados y capacitados para desempeñar funciones técnicas y ejercer el mando y la conducción de los elementos de apoyo de servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Se consideran elementos de apoyo los que operan dentro de las modalidades y características adecuadas para satisfacer las necesidades logísticas de las mismas[268].

Estos oficiales deben realizar las labores que podríamos denominar propiamente militares, es decir, las técnicas específicas para enfrentar un combate (táctica, estrategia, operaciones, dirección de tropas, etc.).

Los oficiales del cuerpo logístico desarrollan funciones eminentemente técnicas en el manejo y conducción de los elementos utilizados en el combate, materiales, transportes, sanidad, recursos, uniformes, armamento, comunicaciones, sistemas, mantenimiento, etc.

Para el ascenso de Oficiales del Ejército hasta el grado de Capitán, es requisito acreditar en cada grado los siguientes tiempos mínimos de comando de tropas o desempeño de cargos[269]:

- *Subteniente y Teniente:* Dos (2) años como comandante de pelotón o sección en unidades de apoyo de servicios para el combate, o en unidades tácticas e institutos de formación o capacitación militar o en el desempeño de cargos de su respectiva especialidad.
- ***Capitán:*** Dos (2) años como comandante de unidad fundamental de apoyo de servicios para el combate, o de instituto de formación o capacitación militar, o como segundo comandante de unidad técnica o especial, o como jefe de sección de unidad administrativa o logística del Cuartel General del Ejército, o en el desempeño de cargos de su respectiva especialidad, o un (1) año en la Gestión General del Ministerio de Defensa, o como jefe de sección en el Comando General de las Fuerzas Militares.

- ***Oficiales del Cuerpo Administrativo***

Son aquellos profesionales con título universitario que ejercen su carrera dentro de las Fuerzas Militares. También hacen parte de este grupo los uniformados que después de su carrera militar, o al tiempo, han obtenido un título profesional universitario.

Los oficiales del cuerpo administrativo ejercen los cargos establecidos en la planta personal, de acuerdo con su profesión.

Los requisitos generales son:

- Ser colombiano.
- Profesionales con pregrado menores de 29 años y 6 meses al momento de ingreso a la escuela.
- Profesionales con postgrado menores de 34 años y 6 meses al momento de ingreso a la escuela.

[267] Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[268] Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[269] Decreto 0095 de 1989, artículo 49.

– Título profesional de instituciones aprobadas por el ICFES y el MEN.
– Promedio mínimo acumulado de notas 3.6. Tarjeta Profesional.
– Estatura mínima: hombres 1.65 m., y mujeres 1.60 m.

- ***Oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar***

Son oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar en las Fuerzas Militares los profesionales con título de abogado obtenido conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalafonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con el propósito de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra y funcionarios de instrucción. Igualmente pertenecen a este cuerpo los Oficiales de las armas, cuerpo ejecutivo, cuerpo de vuelo, cuerpo logístico o cuerpo de seguridad y defensa de bases aéreas que obtuvieren el título de abogado e ingresen al servicio de la Justicia Penal Militar[270].

Los Oficiales del Cuerpo de Justicia Penal Militar procederán de Oficiales en actividad hasta el grado de Mayor o Capitán de Corbeta, de Suboficiales y civiles que acrediten título de abogado.

7.4.2. Suboficiales

a) Ejército

- ***Suboficiales de las Armas***

Son Suboficiales de las Armas del Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los Oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército.

b) Armada

- ***Suboficiales del Cuerpo de Mar***

Son Suboficiales del Cuerpo de Mar todos aquellos formados, capacitados y entrenados con la finalidad principal de actuar con los Oficiales en el ejercicio del mando, operación y mantenimiento de las unidades e instalaciones de las Fuerzas.

- ***Suboficiales del Cuerpo de Infantería de Marina***

Son Suboficiales del Cuerpo de Infantería de Marina todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los Oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate de la Infantería de Marina en operaciones propias de dicho Cuerpo.

c) Fuerza Aérea

- ***Suboficiales del Cuerpo Técnico Aeronáutico***

Son suboficiales del Cuerpo Técnico Aeronáutico de la Fuerza Aérea todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales tripulantes en la ejecución de las operaciones aéreas y cumplir funciones complementarias o de mantenimiento, tanto en tierra como a bordo de las aeronaves militares.

- ***Suboficiales del Cuerpo Técnico de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas***

Son suboficiales del Cuerpo Técnico de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas de la Fuerza Aérea todos aquellos formados, entrenados y capacitados para actuar con los oficiales en el mando y conducción de operaciones con unidades de seguridad y defensa de bases aéreas e inteligencia para brindar seguridad a las unidades aéreas de combate e infraestructura aeronáutica de las bases aéreas.

Las unidades de Ejército, Armada y Fuerza Aérea también están compuestas por *Suboficiales del Cuerpo Logístico y Suboficiales del Cuerpo Administrativo*, los cuales cumplen las siguientes funciones:

- ***Suboficiales del Cuerpo Logístico***

Son Suboficiales del Cuerpo Logístico de las Fuerzas Militares todos aquellos egresados de las Escuelas de Formación de Suboficiales, o de cursos regulares que desarrollen las Fuerzas, entrenados y capacitados para actuar con los Oficiales en el mando y la conducción de los elementos logísticos y de apoyo de servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

- ***Suboficiales del Cuerpo Administrativo***

Son Suboficiales del Cuerpo Administrativo de las Fuerzas Militares todos aquellos que acrediten experiencia e

[270] Decreto 1428 de 2007, artículo 72.

idoneidad en especialidades técnicas auxiliares, que tengan aplicación dentro de la Institución Militar, o los Suboficiales de las Fuerzas Militares que acrediten especialidades y soliciten servir en el Cuerpo Administrativo. El Gobierno reglamentará las condiciones de ingreso y demás requisitos para pertenecer al referido cuerpo.

La línea de mando en cada una de las instituciones que ejercen la Fuerza Pública se encuentra establecida de la siguiente manera:

- ***Ejército Nacional***

La línea de mando al interior de esta Fuerza Armada se ejerce bajo la siguiente estratificación:

– *División Primera:* a partir del 1º de enero de 2007 desarrolla operaciones ofensivas y de control militar de área de guerra irregular, y de acción integral en su teatro de operaciones para derrotar militarmente a las organizaciones narcoterroristas y recuperar los niveles normales de seguridad interna. Cumple misiones de cobertura terrestre sobre fronteras[271].

i. Presidente de la República.
ii. Ministro de Defensa.
iii. Comandante del Ejército Nacional.
iv. Comandante del Comando Conjunto Nº 1.
v. Comandante de División.

– *División Segunda:* conduce operaciones militares en su jurisdicción, con el fin de derrotar militarmente las organizaciones narcoterroristas, doblegar su voluntad de lucha, forzar su desmovilización, asegurar la cobertura terrestre sobre la frontera con Venezuela para garantizar la seguridad y el desarrollo de la región[272].

i. Presidente de la República.
ii. Ministro de Defensa.
iii. Comandante General de las Fuerzas Militares.
iv. Comandante del Ejército Nacional.
v. Comandante de División.
vi. Sargento Mayor de Comando.

– *Tercera División:* con la participación de la Policía Nacional y demás Organismos de Seguridad del Estado mantiene la fuerza de cobertura y conduce operaciones de inteligencia de combate en toda la jurisdicción contra las organizaciones armadas de la subversión, los grupos de justicia privada, bandas de narcotraficantes y delincuencia organizada en general para neutralizar su accionar delictivo, destruir su aparato armado y quebrantar su voluntad de lucha que atentan contra la estabilidad del país, conservando la vigencia de las Instituciones Patrias, el orden interno y la soberanía nacional[273].

i. Presidente de la República.
ii. Ministro de Defensa.
iii. Comandante del Ejército Nacional.
iv. Comandante de División.

– *Cuarta División:* conducir operaciones ofensivas contra organizaciones armadas al margen de la ley, combatir el narcotráfico para contribuir al mantenimiento de la tranquilidad y seguridad democrática, garantizar la vigencia de las instituciones legítimas y mantener el Escalón Adelantado de Seguridad y Observación (EASO) en las fronteras con Venezuela y Brasil, tendiente a preservar la soberanía nacional[274].

i. Presidente de la República.
ii. Ministro de Defensa.
iii. Comandante General de las Fuerzas Militares.
iv. Comandante del Ejército Nacional.
v. Comandante de División.

– *Quinta División:* planea y conduce operaciones ofensivas de combate irregular contra las organizaciones narcoterroristas para disminuir sustancialmente su capacidad armada, su voluntad de lucha y su capacidad de daño; reestablecer los niveles normales de seguridad para los habitantes y contribuir al fortalecimiento de la capacidad de negociación del gobierno en procura de paz[275].

i. Presidente de la República.
ii. Ministro de Defensa.
iii. Comandante General de las Fuerzas Militares.
iv. Comandante del Ejército Nacional.

271 http://www.primeradivision.mil.co/?idcategoria=90760
272 http://www.segundadivision.mil.co/?idcategoria=89831
273 http://www.terceradivision.mil.co/?idcategoria=89785
274 http://www.cuartadivision.mil.co/?idcategoria=90183
275 http://www.quintadivision.mil.co/?idcategoria=89306

– *Sexta División:* es una División del Ejército Nacional con una organización especial porque conduce operaciones ofensivas contra grupos narcoterroristas en los departamentos de Caquetá, Putumayo y Amazonas. Cumple misiones de cobertura fronteriza, protección a la infraestructura energética vial, control fluvial en los ríos navegables de la jurisdicción, realiza operaciones de interdicción y en coordinación con la Policía Antinarcóticos, efectúa erradicación de cultivos ilícitos[276].

  i. Presidente de la República.
  ii. Ministro de Defensa.
  iii. Comandante General de las Fuerzas Militares.
  iv. Comandante del Ejército Nacional.
  v. Comandante de la Sexta División.

– *Séptima División:* bajo el mando directo del Comando Conjunto Nº 1 "CARIBE", la Séptima División a partir de la fecha y hasta el 31 de diciembre de 2010, desarrolla en su teatro de operaciones campaña de guerra irregular contra todas las organizaciones narcoterroristas con el propósito de doblegar su voluntad de lucha, derrotarlas militarmente y forzarles a su desmovilización, contribuyendo a la recuperación de las condiciones normales de seguridad interna y al desarrollo de la Nación, para consolidar el imperio de la ley[277].

  i. Presidente de la República
  ii. Ministro de Defensa
  iii. Comandante General de las Fuerzas Militares
  iv. Comandante del Ejército Nacional.
  v. Comandante del Comando Conjunto No. 1
  vi. Comandante de la Séptima División.

– *Brigada de Apoyo Logístico:*

  i. Presidente de la República.
  ii. Ministro de Defensa.
  iii. Comandante General de las Fuerzas Militares.
  iv. Comandante del Ejército Nacional.
  v. Jefe Logístico.
  vi. Comandante de Brigada de Apoyo Logístico.

– *Unidades Especiales:*

  i. Fuerza de Despliegue Rápido –FUDRA–.
  ii. Brigada contra el Narcotráfico.
  iii. Brigada de Aviación del Ejército Colombiano.
  iv. Agrupación de Fuerzas Especiales Antiterroristas.
  v. Brigada de Fuerzas Especiales.

– *Grupos Gaula:*

Para ejercer mando al interior del Ejército Nacional, los artículos 56 y 57 del Decreto 1790 de 2000 nos ilustran sobre dichos requisitos[278].

- ***Armada Nacional***

La Armada Nacional, como otra Fuerza Militar, tiene la siguiente línea de mando:

– Presidente de la República.
– Ministro de Defensa.
– Comandante General de las Fuerzas Militares.
– Jefatura del Estado Mayor conjunto de las Fuerzas Militares.
– Comando de la Armada Nacional.
– Segundo Comandante de Armada Nacional.

El mando naval se ejerce por los siguientes comandantes y funcionarios de cada una de las respectivas dependencias de la Armada Nacional:

– Jefatura del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares.
– Comandante de la Armada Nacional.
– Segundo Comandante de la Armada Nacional.
– Jefe de Educación y Doctrina Conjunta.
– Jefe de Operaciones Navales.
– Inspector General de la Armada Nacional.
– Jefe de Desarrollo Humano.
– Jefe de Inteligencia Conjunta FFMM.
– Comandante Fuerza Naval del Pacífico.
– Presidente COTECMAR.
– Subdirector Escuela Superior de Guerra.
– Comandante del Cuerpo de Infantería de Marina.
– Director General Marítimo.
– Jefe de Incorporación y Educación Naval.
– Jefe de Operaciones Logísticas.
– Jefe Jefatura Logística Conjunta.
– Comandante Fuerza Naval del Caribe.
– Jefe Gerencia Plan Orión.

[276] http://www.sextadivision.mil.co/?idcategoria=90658
[277] http://www.septimadivision.mil.co/?idcategoria=90897v
[278] Decreto 1790 de 2000, artículos 56 y 57.

- Jefe Jefatura Acción Integral Conjunta CGFFMM.
- Comandante Comando Específico San Andrés y Providencia.
- Comandante Comando Guardacostas Armada Nacional.
- Director Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla".
- Jefe Grupo Asesor Comandante Armada.
- Jefe de Inteligencia Naval.
- Jefe Casa Militar de la Presidencia de la República.
- Jefe de Estado Mayor Fuerza de Tarea Conjunta –OMEGA–.
- Comandante Fuerza Naval del Sur.

El Artículo 58 del Decreto 1790 de 2000 nos indica los requisitos para ejercer mando al interior de la Armada Nacional, y el Artículo 59 del mismo cuerpo normativo indica el tiempo de embarco o mando y horas de vuelo en la armada[279].

- ***Fuerza Aérea colombiana***

La línea de mando al interior de esta Fuerza Armada se estratifica de la siguiente manera:

1) Comando de la Fuerza Aérea Colombiana.
2) Segundo Comando y Jefatura del Estado Mayor.
3) Jefaturas de las Fuerza Aérea de Colombia.
   a) Jefatura de Operaciones Aéreas.
   b) Jefatura de Ingeniería.
   c) Jefatura de Operaciones de Logística Aeronáuticas.
   d) Jefatura de Educación Aeronáutica.
   e) Jefatura de Unidad y Defensa de Bases Aéreas.
   f) Jefatura de Apoyo Logístico.
   g) Jefatura de Desarrollo Humano.

El Decreto 1790 de 2000 establece en su artículo 60 los requisitos para ejercer mando al interior de la Fuerza Aérea, y el artículo 61 indica el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea[280].

- ***Policía Nacional***

La línea de mando al interior de este cuerpo armado permanente de naturaleza civil, es la siguiente:

1) Director General.
   i. Subdirector General.
   ii. Inspector General.
2) Director de Seguridad Ciudadana y Director de Tránsito y Transporte.

El artículo 34 del Decreto 1512 de 2000, *por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones,* establece la Dirección y Mando de la Policía Nacional[281]. En el artículo 28 de este mismo Decreto se establece que *el Mando en las Fuerzas Militares está a cargo del Presidente de la República, quien lo ejerce directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional, a través del Comandante General de las Fuerzas Militares, quien a su vez, lo ejerce sobre las Fuerzas*[282].

7.5. LÍNEAS DE MANDO EN LAS ORGANIZACIONES AL MARGEN DE LA LEY

En el caso de Machuca, analizado anteriormente, la Corte Suprema de Justicia colombiana condenó a diez miembros del Ejército de Liberación Nacional (Grupo de Guerrillas) como de los punibles de homicidio y lesiones personales, entre otros.

Sin lugar a dudas, en este caso nos encontramos frente a un grupo organizado al margen de la ley, por lo que se planteó a lo largo del proceso la viabilidad de una imputación como instigadores, y posteriormente como autores mediatos, a los miembros de la cúpula de dicha organización.

El ER señala que es autor quien realiza la conducta punible por medio de otra persona. El Código Penal colombiano expresa que es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Se considera entonces que el autor mediato es quien utiliza a otra persona como medio-instrumento para la comisión de la conducta punible. Se explica esta figura a través del fenómeno denominado dominio de la voluntad (de otro). Por ello se señala que en la autoría mediata hay un autor verdadero (denominado autor mediato) y un ejecutor instrumental (denominado instrumento). Las formas que admite la instrumentalización del ejecutor de la conducta

[279] Decreto 1790 de 2000, artículos 58 y 59.
[280] Decreto 1790 de 2000, artículos 60 y 61.
[281] Decreto 1512 de 2000, artículo 34.
[282] Decreto 1512 de 2000, artículo 28.

punible pueden ser varias: es posible que se le mediatice a través del error, o por medio de coacción, o por ser un inimputable. Se suele afirmar doctrinalmente que el autor mediato es el único responsable y que, por el contrario, el ejecutor instrumental o instrumento no lleva a cabo conducta punible alguna bien sea porque se encuentra actuando bajo la figura del error de tipo, por ausencia de dolo, o por coacción insuperable, entre otras.

Posteriormente, el concepto de autoría mediata va a comprender una singular modalidad aplicable al interior de estructuras organizadas de poder, en las que sin que concurran coacción ni error, sea posible atribuirle o imputarle la comisión de una conducta punible a la cúpula de la organización, sin que ello exonere de responsabilidad al ejecutor de la conducta.

Sobre ello, la más autorizada doctrina ha manifestado que:

> *"el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos, (…) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. (…)".*

En estos casos existe plena libertad y responsabilidad del ejecutor directo de la conducta punible:

> *"El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– de la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer"*[283].

Ejercicio Nº 1

De conformidad con lo anterior, sírvase analizar la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el caso MACHUCA, al igual que los argumentos expuestos por la Fiscalía y la Procuraduría, sobre la responsabilidad penal a título de autoría mediata.

¿Qué consecuencias prácticas se derivan de condenar a la cúpula de una organización al margen de la ley, como **autores, determinadores, o autores mediatos**?

Algunos casos prácticos sobre los temas vistos en esta Unidad que permiten facilitar la comprensión

Sobre el Principio de Necesidad Militar

Sobre el *principio de necesidad militar*, la Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de hacer referencia al mismo en la *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción por parte de Israel de un muro en los territorios palestinos ocupados,* indicando que la acción a ejecutar debe ser la única forma en que el Estado salvaguarde el interés esencial contra el grave e inminente peligro[284]:

> *"140. No obstante, la Corte ha examinado la cuestión de si Israel podría invocar el estado de necesidad como motivo de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro. A este respecto, la Corte debe señalar que algunos de los convenios que se examinan en relación con este caso contienen cláusulas que limitan los derechos garantizados o disposiciones que prevén la suspensión de tales derechos (véanse los párrafos 135 y 136 supra). Dado que esos tratados ya contemplan este tipo de consideraciones en sus propias disposiciones, cabría preguntar si en relación con ellos se puede invocar el estado de necesidad, reconocido en el derecho internacional consuetudinario, como causa de exclusión de la ilicitud de las medidas o decisiones que se cuestionan. Sin embargo, no es necesario que la Corte examine esa cuestión. Como observó la Corte en el asunto relativo al Proyecto Gabčikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario que sólo se puede aceptar en casos excepcionales; sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido esas condiciones (I.C.J. Reports 1997, pág. 40, párr. 51).* ***Una de esas condiciones la***

[283] ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p 271.

[284] Cita tomada de HENSEL, Howard M. *"The Legitimate Use of Military Force. The just war Tradition and the Customary Law of Armed Conflict"* ASHGATE, 2008, p. 142. *"(…)the action taken must be "the only way for the safeguard an essential interest against a grave and imminent peril".*

> ***expuso la Corte en los términos utilizados por la Comisión de Derecho Internacional, en un texto que en su forma actual requiere que el hecho que se esté cuestionando sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*** *(artículo 25 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; véase también el antiguo artículo 33 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado, cuyo texto en inglés era algo diferente). A la luz del material que tiene ante sí, la Corte no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción"*[285] (negrilla fuera del texto original).

Otro ejemplo sobre la aplicación del principio de necesidad militar, lo constituye la decisión sobre las hostilidades ocurridas durante el conflicto entre Etiopía y Eritrea:

> *Ethiopia no sugiere ninguna razón de porqué la destrucción de alguna de las propiedades indagadas puede considerarse como "necesidad absoluta" para operaciones militares diferentes, a simplemente prevenir la retoma por Eritrea cuando retomara control sobre el pueblo de Senafe*[286].

Sobre el Principio de Proporcionalidad

La Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la licitud de empleo de armas nucleares hace referencia a la protección del *principio de proporcionalidad* indicando lo siguiente:

> *"…las armas nucleares son artefactos explosivos cuya energía* ***se*** *debe a la fusión o fisión del átomo. Por su índole misma, este proceso... libera no solamente enormes cantidades de calor y de energía, sino también una potente y prolongada radiación… Estas características hacen que el arma nuclear sea potencialmente de índole catastrófica. El poder destructor de las armas nucleares no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen el poder de destruir toda civilización, así como el ecosistema de todo el planeta (énfasis del autor) …La radiación emitida por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de muy extensas regiones. Por añadidura, el empleo de armas nucleares constituiría un grave peligro para las generaciones futuras. La radiación ionizante puede atentar contra el medio ambiente, la cadena alimentaria y el ecosistema marino en el futuro y provocar taras y enfermedades en las generaciones futuras"*[287].

Desde la consagración de la Cláusula Martens en la Convención de La Haya de 1899, el *principio de humanidad* fue considerado como un postulado a tener en cuenta al interior de un conflicto. Sobre su aplicación a un caso, es pertinente traer a colación nuevamente la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza de usar o el uso de armas nucleares.

Sobre el Principio de Humanidad

> *"77. Todo esto demuestra que la conducción de operaciones militares está gobernada por un cuerpo de prescripciones jurídicas. Esto es así porque «[l]os beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo», según dispone el artículo 22 del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Declaración de San Petersburgo ya había condenado el uso de armas «armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable». El mencionado Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención de La Haya IV de 1907, prohíbe el uso de «armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios» (art. 23).*

[285] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado,* 13 de julio de 2004 (versión en español).

[286] Decisión Parcial de las reclamaciones entre el Estado de Eritrea y la República Federal Democrática de Etiopía. La Haya, 28 de abril de 2004. *Ethiopia has not suggested any reason why the destruction of any of the properties in question could have been rendered "absolutely necessary" by military operations other than simply to prevent their reuse by Eritrea if and when it should regain control of Senafe Town. The Commission does not agree that denial of potential future use of properties like these, which are not directly usable for military operations as are, for example, bridges or railways, could ever be justified under Article 53.*

[287] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares.*

"78. Los principios cardinales contenidos en los textos constitutivos de la red de derecho humanitario son los siguientes. El primero persigue la protección de la población civil y los objetos civiles y establece la distinción entre combatientes y no combatientes. Los Estados jamás pueden hacer de los civiles el objeto de ataque y en consecuencia jamás deben usar armas que sean incapaces de discriminar entre blancos civiles y militares. Conforme al segundo principio, está prohibido causar sufrimiento innecesario a los combatientes: en consecuencia resulta prohibido usar armas que les causen tal daño o que agraven inútilmente su sufrimiento. En aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen libertad ilimitada en la elección de medios en las armas que utilizan.

"En relación con estos principios, la Corte también destaca la Cláusula Martens, que se incluyó por primera vez en la Convención de La Haya II relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y que ha resultado un medio efectivo de responder a la rápida evolución de la tecnología militar"[288].

Ejercicio Nº 2

Sírvase analizar el juicio en contra del ex presidente de Serbia, Boris Tadic, a la luz de principio de .

A la luz de la legislación nacional y del Estatuto de Roma, y en general el derecho comparado, las diferentes causas de exclusión de la responsabilidad a través de distintos casos en los que se debatió la aplicación de tales eximentes.

7.6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 5

Analizar la procedencia de la como causal de exclusión o atenuación de la responsabilidad penal.

Determinar los requisitos del estado de necedad por coacción en el marco de ER y la posibilidad de exoneración en casos de crímenes de lesa humanidad o contra el DIH.

- Analizar la legítima defensa como causal de exoneración en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad.
- Determinar los requisitos de la inimputabilidad a nivel del ER.
- Estudiar las alegaciones de exoneración o defensa no viables o causas de exoneración no reconocidas por el Derecho Penal Internacional.

7.7. CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL DPI Y EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Las causales de exoneración de responsabilidad, al igual que en general la construcción del Derecho Penal Internacional, son producto de la decantación de la doctrina y la jurisprudencia emitida por los distintos Tribunales *ad hoc* constituidos a lo largo de la historia para la solución de diferentes conflictos sobre Derecho Internacional Humanitario.

Hoy en día se encuentran delimitados al interior del Estatuto de Roma, en los artículos 31 a 33, causales que no son de aplicación general respecto de la totalidad de las conductas punibles de que se trata, sino que en cada caso particular habrá de revisarse si es aplicable al caso concreto, pues por ejemplo en delitos como el de genocidio las de aplicación general no tienen acogida, debiéndose diferenciar, sin embargo, entre las causales de justificación (excusas o justificaciones, excusas que eliminan la *antijuridicidad de la conducta punible*, de las causales eximentes de culpabilidad, que anulan la *motivabilidad* o *culpabilidad* de la misma.

Algunos autores clasifican las posibles defensas entre la categoría de "*negación de la responsabilidad*" (*negation of liability*) dentro de las que se encuentran el error de derecho, el error de hecho y la disminución de capacidad mental, *excusas y justificaciones* (*excuses and justifications*) que comprenden la legítima defensa, la defensa de un derecho ajeno, la defensa de la propiedad, estado de necesidad y la coerción o fuerza mayor, diferenciando a su vez las justificaciones de las excusas de conformidad con la valoración del acto que se ejecuta, siendo bueno en el primer caso y malo en el segundo, y por último, las *defensas bajo la ley internacional* (*defences under public interrnational law*), a saber, necesidad militar, legítima defensa, entre otros.

Sin embargo, el Estatuto de Roma no acogió ninguna de estas clasificaciones, y simplemente las consagró de

[288] Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza de usar o del uso de armas nucleares del 8 de julio de 1996.

manera conjunta en los artículos 31, 32 y 33. En seguida se observa cada una de ellas en particular:

7.7.1. De las causales de justificación

Las causales de *justificación* son definidas como:

> *"aquellas circunstancias que convierten los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado en ataques lícitos. Son el resultado de la existencia de razones políticas, sociales o jurídicas que aconsejan que se permita lanzar este tipo de ataques cuando se producen tales circunstancias. (…)"*[289].

Dentro de las causales de justificación contempladas en el Estatuto de Roma se encuentran:

- Las órdenes de Superiores Jerárquicos (*Superior Orders*).
- Legítima defensa.
- De los errores de hecho y de derecho.

Además de las causales contempladas expresamente en el ER, existen otras que igualmente constituyen causales de *justificación* pero que se contemplan en forma individual respecto de las conductas punibles en particular.

7.7.2. De las órdenes de los Superiores Jerárquicos

Conforme se expuso en líneas atrás, el artículo 33 del Estatuto de Roma consagra esta causal de exoneración de responsabilidad en los siguientes términos:

> *"1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:*
>
> *"Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
>
> *"No supiera que la orden era ilícita; y*
> *"La orden no fuera manifiestamente ilícita.*
>
> *"2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".*

De forma que el estado actual de la controversia se funda en establecer la inadmisibilidad de la defensa, salvo en excepciones que se adecuen en su integridad a los requisitos consagrados en la norma antes transcrita, aspecto sobre el que no se profundiza pues ya se elaboró el análisis correspondiente con ocasión del estudio de la *obediencia debida.*

7.7.3. De la legítima defensa

El artículo 31 consagra en el literal c) la defensa, consistente en *legítima defensa* en los siguientes términos:

> *"1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: (…) c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado; (…)".*

En el marco del derecho internacional, además de la protección de un derecho propio o ajeno coexistente en el Derecho interno, es admitida esta clase de defensa frente a la *Propiedad.*

> *"Legítima defensa o «Self defense». Se incluye dentro del ámbito de protección y únicamente dentro del ámbito de los crímenes de guerra a la propiedad que sea necesaria esencial para la supervivencia de personas o para la realización de una misión militar"*[290].

[289] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Especial referencia al estatuto de Roma de la Corte penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo VIII *"Causas de Justificación. Especial referencia a la retención de la condición de persona protegida cuando se actúa en legítima defensa y su distinción de los supuestos de participación directa en las hostilidades"*, p. 287.

[290] AMBOS, Kai, *La nueva Justicia Penal Internacional"*, Editorial Fundación Myrna Mack.

Siendo un requisito esencial que la defensa sea razonable y proporcional al grado del peligro que se presenta[291], así lo reconoció la Convención Europea de Derechos Humanos como excepción al principio general del [292], sin embargo, en lo concerniente al delito de genocidio, es inadmisible la alegación de esta causal en lo atinente a la protección de la propiedad. En varias ocasiones se ha confundido esta permisibilidad con los ataques posteriores en signo de retaliación, pero claramente los mismos son ajenos a la misma, pues debe tratarse de un ataque antijurídico actual e inminente, y el sujeto debe actuar con el ánimo de defenderse frente a dicho ataque.

Dentro del caso de Estados Unidos contra Krupp, se explicó la legítima defensa[293], además como *"El Rechazo de un mal e incluso la defensa ante la necesidad consistente en la invasión a un derecho"*[294], o conforme se presenta en el Borrador del Código Internacional y el Borrador del Estatuto para un Tribunal Penal Internacional, que exponen en su Sección Segunda:

> *"Legítima defensa consiste en el uso de la fuerza en contra de otra persona que en otras condiciones constituiría un crimen cuando el actor razonablemente crea que dicha fuerza es necesaria para defenderse a sí mismo o a otra persona en contra de el inminente uso de fuerza antijurídica, y siempre que sea razonablemente proporcional frente a la amenaza o uso de fuerza"*[295].

7.7.4. De los "Errores de Hecho"

El artículo 32 del Estatuto de Roma consagra la causal de exoneración de responsabilidad que se ha denominado *Error de Hecho y de Derecho,* en los siguientes términos:

> *"1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.*
>
> *"2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto".*

Debido a las claras diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la forma de contemplar el error, y teniendo en consideración la gravedad de las conductas punibles ante las que se opone la defensa en mención, en la práctica se ha presentado en forma generalizada gran reserva para admitir esta causal de exoneración de responsabilidad, de forma que el error es penalmente relevante solo si:

> *"(...) «si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen», es decir, si excluyen el elemento subjetivo del tipo que, como hemos visto, consiste por regla general el dolo. De acuerdo con esta disposición,* ***sólo los errores sobre la concurrencia de los elementos objetivos del tipo (errores de tipo) son penalmente relevantes puesto que son los únicos que niegan el dolo del autor*** *(...)"*[296] (negrilla fuera del texto original).

Conforme se deduce del texto citado, se admitiría entonces la alusión de *errores de hecho* en la medida que

[291] Tomado de Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[292] SAHABAS, William, *Genocide in International Law. The Crimes of crimes*", Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

[293] *"La legítima defensa consiste en el uso de la fuerza en contra de otra persona que puede constituir un crimen cuando el actor considera razonablemente que la fuerza es necesaria para defenderse a sí mismo en contra de la inminente fuerza antijurídica empleada por otra persona, y de una forma en que sea razonablemente proporcional a la amenaza o el uso de la fuerza"*. PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1387.

[294] Traducción nuestra. Texto original:"*The repulse of a wrong and even a defense of necessity which is «the invasion of a right»,* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI M., Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1387.

[295] Traducción nuestra. Texto original: "*Self-defense consists in the use of force against another person which may otherwise constitute a crime when and to the extent that the actor reasonably believes that such force is necessary to defend himself or anyone else against such other person´s imminent use of unlawful force, and in manner which is reasonably proportionate to the threat or use of force*". Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1390.

[296] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo VII "*El elemento subjetivo del tipo*", p. 263.

se excluya el elemento subjetivo del tipo, excluyéndose por contera el denominado "*error de prohibición*" que valdrá únicamente, de acuerdo a las "*otras circunstancias eximentes*" contempladas en el artículo 31 del Estatuto de Roma, y siempre que se verifiquen los requisitos exigidos.

Esta causal opera igual que en el ordenamiento jurídico colombiano, de forma que habrá de determinarse la vencibilidad o invencibilidad del error en que se incurre para aplicar los efectos correspondientes. Ante la presencia de un error invencible, el autor de la conducta punible que se ve inmerso en dicho error quedará exonerado de responsabilidad, y de ser vencible el error en que se incurre, si la conducta admite modalidad culposa será penalmente sancionada en este sentido, lo que en la práctica pierde relevancia ante la escasa configuración de crímenes de guerra que admiten modalidad imprudente.

> *"De esta manera, de acuerdo con el art. 32 (2) Estatuto de Roma sólo serán penalmente relevantes los errores en la apreciación de las fuerzas armadas para el soldado o para el superior militar medio- de las circunstancias fácticas que sirven de base a todo elemento normativo del tipo (…)"*[297].

En lo que atañe al error de derecho, es inadmisible si se alega frente a la ausencia de conocimiento de un crimen de la naturaleza de los que preocupan al Derecho Internacional, sin embargo es admitido condicionado a que se niegue el elemento subjetivo del tipo:

> *"Error de hecho (mistake of fact) y de derecho (mistake of law). Siendo esencial y necesario la verificación de la eliminación del elemento subjetivo (mental element), por tanto el dolo del tipo (knowledge e intent, según el art. 30). Es esta la razón por la cual se ha mencionado que el error de derecho no es relevante en la medida que su configuración no elimina el dolo, principio general reconocido en el common law"*[298].

7.8. DE LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE CULPABILIDAD

Existen además unas causales de *exculpación* o causales de *exclusión de culpabilidad*, de forma que en la conducta del sujeto habrá de valorarse también la *motivabilidad*, definida por Alonso Olásolo como:

> *"Su capacidad para reaccionar frente a las exigencias de la norma penal a través de la adaptación de su comportamiento. Esta premisa sólo existirá cuando el autor:*
>
> *"(i) Tenga la madurez psíquica y la capacidad necesaria para poder ser motivado por la norma (imputabilidad o capacidad de culpabilidad);*
> *"(ii) Conozca, al menos a grandes rasgos, el contenido de la norma infringida puesto que, si no conoce que el lanzamiento de un ataque contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado es una actividad prohibida, no es posible que pueda ser motivado por la norma (conocimiento de la antijuridicidad de hecho cometido); y*
> *"(iii) Se encuentre en una situación en la que le sea exigible un comportamiento distinto, que puede ser más o menos incómodo o difícil, puesto que si se encuentra en una situación tal en la que el comportamiento ordenado por la norma penal es cuando menos heroico, si no imposible, no podrá tampoco ser motivado por la norma (exigibilidad de un comportamiento distinto).*
>
> *"Las causas de exclusión de la culpabilidad, también llamadas causas de exculpación, son aquellas circunstancias que niegan cualquiera de estos tres elementos. Ahora bien, como dichos elementos tienen un carácter graduable, nos podemos encontrar con que tales circunstancias no se produzcan con la entidad suficiente como para excluir la responsabilidad, sino sólo para atenuarla. (…)"*[299].

Se observan a continuación las diferentes causales reconocidas en el Derecho Internacional como causales de exculpación:

[297] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo VII "*El elemento subjetivo del Tipo*", p. 296.

[298] AMBOS, Kai, *La nueva Justicia Penal Internacional*", Editorial Fundación Myrna Mack.

[299] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo IX "*Causas de Exclusión de Culpabilidad. Especial referencia a la coacción del autor por sus Superiores Militares y al error de prohibición*", pp. 293 a 294.

7.8.1. Padecimiento de enfermedad o deficiencia mental en el momento de llevar a cabo el ataque contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado (*insanity*)

El artículo 31 literal a) del Estatuto de Roma consagra esta defensa en los siguientes términos:

> *"Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*
>
> *"a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; (…)".*

Al respecto dice Olásolo lo siguiente:

> *"El art. 31 (1) ER parece exigir el padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental de carácter prolongado que prive al autor de la capacidad para apreciar la naturaleza de su ataque o su ilicitud, o para controlar su lanzamiento. En consecuencia quedarían excluidas las deficiencias de carácter físico que afecten a la capacidad intelectiva o volitiva, los trastornos mentales transitorios y los supuestos de disminución de capacidad. (…)"*[300].

El Estatuto no aclara a quién corresponde la carga de la prueba cuando se alega esta eximente de responsabilidad, sin embargo en el Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia,

> *"se optó por un estándar alto que exige a quien lo alega probar plenamente tal incapacidad y no simplemente establecer una duda razonable sobre su capacidad mental, como se acepta en algunos sistemas jurídicos. Ver Prosecutor v. Delalic et al. (Caso Nº IT-96-21-T), Decisiones del 17 de junio y 1 de julio de 1998 sobre eximente de responsabilidad fundada en la falta de capacidad mental o insania"*[301].

Entonces si una persona no es capaz de distinguir entre lo bueno y lo malo, o de apreciar la naturaleza de sus propios actos, no puede ser hallado culpable de un crimen, así opera tanto en los sistemas del *common law*, como en los regímenes civiles o contingentes. De esta forma, quien sufre de una enfermedad mental o defecto que destruye esa capacidad de apreciar lo ilegal o la naturaleza de sus acciones, o que elimina su capacidad de controlarse y actuar conforme a ley, puede acudir a esta defensa, incluso en delitos como el de genocidio[302].

7.8.2. Intoxicación

El artículo 31 del Estatuto de Roma consagra:

> *"Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*
>
> *"(…) b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere; (…)".*

De esta forma, se ha reconocido el estado de *intoxicación* en el momento del lanzamiento del ataque, en el derecho internacional penal, siempre que:

- Sea causado por la consumición de una sustancia externa, y
- Que prive al autor de la capacidad para apreciar la naturaleza de su ataque o su ilicitud, o que le impida controlar su lanzamiento.

[300] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo IX "*Causas de Exclusión de Culpabilidad. Especial referencia a la coacción del autor por sus Superiores Militares y al error de prohibición*", p. 294.

[301] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[302] SAHABAS, William, *Genocide in International Law. The Crimes of crimes,* Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

Al respecto dijo Olásolo lo siguiente:

> *"Se exige a su vez que la intoxicación haya sido involuntaria; o en caso de que fuese voluntaria que: (i) se haya producido sin que el autor fuese consciente del riesgo de lanzar, o de verse envuelto sin que en el lanzamiento de un ataque contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado, y (ii) que dicho riesgo no sea objetivamente muy elevado de manera que no supere el límite de lo que es socialmente permisible. Por lo tanto, se excluyen los supuestos en los que se actúa en un estado de excitación o de aceleración que no es debido a la consumición de sustancias externas que puedan provocar efectos similares (…)"*[303].

Entonces, en el caso de presentarse "*embriaguez":*

> *"cuando no existan las condiciones de una actio libera in causa dolosa o imprudente (art. 31, párr. 1 (b): «unless the person has become voluntary intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime»*[304] *(…)"*[305].

Así, se permite esta clase de defensa en la medida que la intoxicación no sea pre-ordenada, siendo inadmisible para delitos como el de genocidio, pues no tendría sentido en conductas extendidas o generalizadas el sostenimiento de una posible intoxicación.

7.8.3. Coacción, compulsión o coerción *(duress)*

Es esta otra de las posibles defensas en materia de Derecho Penal Internacional. Se encuentra consagrada en el artículo 31 del Estatuto de Roma en los siguientes términos:

> *"Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien (…): a) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: b) Haber sido hecha por otras personas; o c) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control".*

De lo anteriormente trascrito se observa una diferencia con el ordenamiento jurídico interno, pues bajo la concepción de la *coacción* en el Estatuto de Roma se presenta una mezcla de elementos del estado de necesidad y del miedo insuperable. Incluso algunos autores lo plantean como sinónimos, refiriéndose indistintamente a la *coacción o coerción* o al *"estado de necesidad coactivo"*. El caso de Erdemovic es bastante explícito frente a esta causal de exoneración de responsabilidad, sentencia en donde se rechazó su aplicación (*ver Prosecutor v. Erdemovic (Caso Nº IT-96-22-T), Sala de Apelaciones, Octubre 7 de 1997*[306]*),* regla fijada de la que se apartó el Estatuto de Roma al configurar la referida causal como eximente de responsabilidad.

Frente al delito de genocidio, que es tal vez el más complejo para la aplicación de varias de las defensas que se consagran en el Estatuto de Roma, se ha admitido como argumento defensivo la existencia de coerción. Sin embargo "*la excepción de coerción será aceptada si constituye un peligro grave e inminente para la vida o bienestar físico"*[307].

Para que haya lugar a la misma se requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: Primero, se hace necesario que exista una amenaza de muerte o de lesiones frente a la persona que se está investigando. Segundo, se exige

[303] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo IX "*Causas de Exclusión de Culpabilidad. Especial referencia a la coacción del autor por sus Superiores Militares y al error de prohibición*", p. 294.

[304] El aparte de la cita en inglés traduce: "*a menos que la persona se haya puesto voluntariamente en estado de intoxicación bajo circunstancias que la persona sabía, e hizo caso omiso del riesgo, que, como resultado de la intoxicación, el o ella se verían envueltos en una conducta que constituyera crimen".*

[305] AMBOS, Kai, *La nueva Justicia Penal Internacional,* Editorial Fundación Myrna Mack, p. 89.

[306] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

[307] Traducción nuestra. Texto original: "*The exception of coercion may be accepted if it constitutes an imminent and grave peril to life or physicall well being"* tomado de SAHABAS William "*Genocide in International Law. The Crimes of crimes"*, Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*defences to Genocide"*, pp. 314 a 344,

que dicha amenaza sea *inminente* o *actual.* En tercer lugar la actuación del sujeto debe dirigirse a rechazar esa amenaza. En cuarto lugar, no debe pretenderse causar un daño mayor[308], de forma que se encuentra ante un real estado de necesidad derivado de la coacción que un tercer sujeto ejerce sobre el primero, de forma que lo compulsa a la comisión de la conducta punible, así se actúa bajo circunstancias en donde no se tiene una real opción de elección moral[309], entendiendo por tal que:

> *"La elección moral está disponible cuando el subordinado tiene la libertad de elegir entre cursos de conductas buenas y malas sin sufrir consecuencias perjudiciales. El subordinado que escoge obedecer una orden ilegal cuando podía desobedecerse sin sufrir consecuencias adversas son responsables de las acciones criminales"*[310].

En este sentido:

> *"se exige la existencia de una amenaza inminente de muerte o de lesiones graves para el autor o para un tercero. La amenaza ha de tener su origen en un tercero o en circunstancias ajenas al control del autor como por ejemplo fuerzas naturales, excluyéndose así los supuestos en los que la amenaza resulta de una situación provocada voluntariamente por el autor. La amenaza debe generar un peligro real, inminente y serio, siendo, a diferencia de la legítima defensa, irrelevante si se deriva de un uso lícito o ilícito de la fuerza.*
>
> *"Elemento clave de esta causa de exclusión de culpabilidad es que el autor lance el ataque contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado bajo coacción, es decir, cediendo a la presión psicológica que objetivamente supere la exigencia media de soportar males y peligros, o la exigencia esencial requerida para individuos desempeñando su misma profesión –este último será precisamente el caso de los miembros de las fuerzas armadas, y particularmente de los superiores militares–.*
>
> *"La coacción del art. 31 (1) (d) ER exige también que el ataque sea objetivamente idóneo y necesario para evitar el resultado amenazado. El término «razonable» requiere a su vez que el ataque no sea completamente desproporcionado al resultado amenazado, aunque no se recoge la exigencia alguna de que el mismo cause un mal objetivamente inferior o igual al mal amenazado.*
>
> *"Desde un plano subjetivo, esta causa de exclusión de culpabilidad exige que el autor conozca que con su ataque está respondiendo de manera idónea, necesaria y no completamente desproporcionada a la amenaza de uso inminente de fuerza mortal o gravemente lesiva. Además requiere que el autor no tenga la intención de causar un daño mayor del que se propone evitar, si bien queda para la jurisprudencia de la Corte la determinación de si también es exigible que el autor actúe con el propósito principal de evitar el resultado amenazado"*[311].

Por esto se habla de un estado de necesidad coactivo, en donde igual se sopesan dos bienes jurídicos en juego, entre los que debe existir cierta equivalencia para que haya lugar a esta defensa.

7.9. CAUSALES QUE NO SE ADMITEN DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hay, en todo caso, variadas causales que han sido aludidas dentro de los diferentes juicios de la historia, y sobre las cuales existe un consenso general frente a su inadmisibilidad como causal justificante o exculpante dentro del Marco del Derecho Internacional.

---

308 Tomado de AMBOS, Kai, *La nueva Justicia Penal Internacional,* Editorial Fundación Myrna Mack.

309 SAHABAS, William, ,*Genocide in International Law. The Crimes of crimes,* Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

310 Traducción nuestra. Texto original: *"A moral choice is avaliable where subordinates have the freedom to choose between right and wrong courses of conduct without suffering detrimental consequences. Subordinates who choose to obey an illegal order when they could have disobeyed without suffering adverse consequences are guilty of criminal actions"*, Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce. *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1374, citando a Bakker.

311 OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Capítulo VIII "*Causas de Justificación. Especial referencia a la retención de la condición de persona protegida cuando se actúa en legítima defensa y su distinción de los supuestos de participación directa en las hostilidades*", p. 296.

7.9.1. Asimetría *(Tu Quoque)*

La defensa consistente en *Tu quoque* hace alusión a la ejecución de determinados actos fundado en que el adversario habría cometido similares actos, por esto parte de la doctrina se refiere a esta defensa como la de "*You also*"[312]. Sin embargo, sobre el particular existe consenso ante la inadmisibilidad en el Derecho Penal Internacional:

> *"De acuerdo con la Sala de Primera Instancia, tu quoque es inapplicable en el Derecho Internacional Humanitario, que crea obligaciones erga omnes"*[313].

De forma que se sobreponen los deberes que se tienen por parte de los sujetos en el campo del Derecho Internacional sin que exista posibilidad de alegar la actuación de otro como pretexto para actuar en contravía del Derecho Internacional. Así:

> *"Bajo los principios generales de ley, un acusado no se excusa a sí mismo por un crimen mostrando que otro a cometido similares crímenes tanto antes como después de la alegada comisión del delito por el acusado"*[314].

Esta defensa es igualmente similar a otra consistente en el doble juicio de las partes en conflicto, es decir, la defensa consistente en que a mi adversario igualmente le están siguiendo un juicio por los mismos crímenes, defensa que, como se ha expuesto, no tiene cabida en Derecho Penal Internacional.

7.9.2. Improcedencia del cargo oficial

Una de las causales frente a las cuales hubo consenso tras una ardua y prolongada discusión, y que no tendrían admisibilidad alguna dentro del Derecho Penal Internacional, es frente a los fueros o la existencia de *cargos oficiales.*

Debido a las claras diferencias entre los ordenamientos jurídicos internos, que en su mayoría reconocen ciertas prerrogativas tanto sustanciales como procesales en el juzgamiento de líderes o cargos oficiales, se hacía indispensable la consagración de una norma jurídica en que se estableciera la improcedencia de dicha causal, sin embargo en sus inicios tuvo grandes dificultades por razones principalmente semánticas. Es así que al hacerse mención a los "*public officials*" en algunas traducciones se referían en forma exclusiva a los legisladores, en otros a servidores, pero excluyendo a los *gobernantes* y en su gran mayoría dejando por fuera de la regulación a la máxima autoridad administrativa de los diferentes países, a saber "The Head of the State". Sin embargo, al plantearse la inclusión del término preciso de forma que se cobijara a todas las personas, independiente del cargo o rango que ostentare, se presentaron sendas oposiciones, por ejemplo el Reino Unido quería que se conservara la inmunidad para los Gobernantes. Sin embargo, tanto en el reporte general del Tribunal de la ex Yugoslavia y finalmente en el Estatuto de Roma, en donde con claridad se consagró la aplicación del Estatuto respecto de todas las personas por igual, independiente del cargo oficial que pueda ostentar o las inmunidades, fueros o restantes beneficiaos que les sean reconocidos en el derecho Interno. Así mismo figura en el Borrador del Código de los Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la especie humana, en donde también se excluyó dicha defensa.

De esta forma, tampoco tenía cabida o reconocimiento que se invocara una determinada acción como *Acto de Estado,* lo que se comprendía como una burla a la ley y a la justicia, en la medida que la historia lo que ha enseñado es precisamente la utilización de la persona jurídica y de las inmunidades de que gozan con el fin último y único de excusar su responsabilidad.

Una vez consagrada la norma, sólo dos Estados presentaron reservas: Filipinas y Finlandia, sin embargo la misma fue retirada años después[315].

Hoy consta en el artículo 27 del Estatuto de Roma lo siguiente:

---

312 "Usted también".

313 Es decir, debido a las obligaciones propias que se tienen dentro del marco del derecho internacional, es inadmisible esta clase de defensas. Traducción nuestra. Texto original: "*According to the Trial Chamber, tu quoque is inaplicable to international humanitarian law, which creates onbligationes that are erga omnes*". Tomado de: SAHABAS, William, *Genocide in International Law. The Crimes of crimes",* Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

314 Traducción nuestra. Texto original: "*Under general principles of law an accused does not exculpate himself from a crime by showing that another committed a similar crime either before or after the alleged commission of the crime by the accused",* Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce. *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1394.

315 Tomado de SAHABAS, William, *Genocide in International Law. The Crimes of crimes",* Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*defences to Genocide*", pp. 314 a 344.

"1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

"Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

De esta forma se sobrepone la legislación internacional sobre la nacional frente a las prerrogativas especiales que dentro de los ordenamientos internos se concedan a determinados sujetos en razón del ejercicio de un cargo oficial determinado:

"se exceptúa también la consideración a la exención o atenuación de la pena en determinado cargo oficial, especialmente, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las normas de inmunidad o normas de procedimiento especiales (art. 27) (...)"[316].

En extensión del artículo 25 que consagra la responsabilidad individual en el estatuto de Roma, y que hace a todos los sujetos responsables penalmente internacionalmente, es irrelevante el cargo que ostente un sujeto determinado, siendo posible incluso hacer responsables a los Jefes de Estado o de Gobierno por la violación de los Derechos Humanos o Derecho Internacional Humanitario. No sólo las inmunidades no tienen cabida de ninguna forma dentro de la regulación internacional, sino que tampoco se reconoce ningún tipo de prerrogativa, como ocurre en el caso colombiano frente a los *fueros* o la *inviolabilidad parlamentaria,* figurando todos los sujetos en un plano de igualdad en lo atinente al respeto y cuidado del derecho internacional, cediendo el principio de soberanía frente a la protección de la dignidad humana, y entonces, si bien la norma no elimina estos privilegios o beneficios dentro del marco del Derecho nacional, estos persisten únicamente dentro de este ámbito siendo competente la Corte Penal Internacional para investigar y sancionar a cualquier sujeto por la violación de los derechos cuya protección se propende.

Sin embargo, en alguna oportunidad la Corte Constitucional[317] se pronunció sobre el contenido de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional",* en donde, entre otros, hizo un análisis de la forma en que se compagina el principio de la improcedencia del cargo oficial con el reconocimiento constitucional de ciertos fueros especiales y de inviolabilidades, concluyendo que si bien el estatuto de Roma establece un tratamiento diferente no por esto es inconstitucional encontrándose permitida su aplicación al interior de Colombia.

Para lo anterior analiza cuatro argumentos. El primero, consistente en la autorización consagrada con el Acto Legislativo Nº 02 de 2001, por el cual se adicionó el artículo 93 constitucional en los siguientes términos:

"(...) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este Tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

"La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

De forma que expresamente se autorizó un tratamiento diferente en los casos regulados por el Estatuto de Roma, siendo entonces posible con fundamento en el aparte trascrito, hacer caso omiso de las inmunidades, fueros y beneficios tales como la inviolabilidad parlamentaria, en lo que se relacione con el Estatuto de Roma, por supuesto, a que se ha hecho mención.

El segundo argumento, consistente en la hoy desaparecida inmunidad de altos funcionarios nacionales a partir de la Constitución de 1991, quedando el tema de los

[316] AMBOS, Kai, *La nueva Justicia Penal Internacional,* Editorial Fundación Myrna Mack, pp. 88 a 89.

[317] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

extranjeros conforme a la solución que plantea el propio Estatuto[318].

En tercer lugar, anunció la Corte Constitucional[319], se compaginan las regulaciones en la medida que la competencia de la Corte Penal Internacional tiene el carácter de jurisdicción complementaria guardando el derecho a conocer en primer lugar el asunto las autoridades nacionales, caso en el cual siguen estando vigentes los beneficios reconocidos en el ordenamiento interno sobre el que no tiene injerencia alguna el Estatuto de Roma, (en este evento, por supuesto, no habría lugar a las prerrogativas correspondientes), aspecto que se erige como el cuarto argumento[320].

Es así, entonces, que el Estatuto de Roma no deroga la legislación interna, la cual sigue vigente. Toda vez que la competencia del Tribunal es complementaria, deberán ser juzgados los altos oficiales y personas aforadas conforme a la legislación interna, pudiendo en todo caso en los eventos mencionados delegar dicha competencia a la Corte, en donde serán tratados TODOS los sujetos como iguales independiente de las posibles prerrogativas de que pudieren gozar en la legislación interna.

7.9.3. Necesidad militar y represalia

Otra de las causales que se ha planteado como eximente de responsabilidad, sin embargo con menor aceptación y mayores problemas en su aplicación, es la de "*Represalia*" o "*Necesidad Militar*", lo anterior por cuanto se ha de sobreponer la dignidad humana y protección de la vida sobre los fines militares de un determinado grupo, y en todo caso por la ausencia de justificación de los actos con fundamento en la omisión derivada del primer grupo.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que las *Represalias* se justifican en la medida que exista un claro rompimiento de la Ley por parte del adversario y siempre que sea proporcional, y frente a la necesidad militar, siempre y cuando ocurra sobre la propiedad y no sobre la vida de las personas, de esta forma no serían admisibles estas defensas en un delito como el de *genocidio,* y su aplicación se restringiría a determinados delitos de acuerdo a su configuración típica.

7.9.4. Permisibilidad de la conducta en el derecho interno

La creación del derecho penal internacional propendía por la consagración de una norma superior, ajena a las diferencias propias de los distintos regímenes internos para crear unos principios generales de aplicación generalizada

Así, dentro de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Numerberg y por las sentencias del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg (Comisión de Derecho Internacional, 2º Período de Sesiones 1950) se encuentra esta prohibición de aludir como defensa dentro de un proceso de responsabilidad penal internacional la permisión de la conducta en el Derecho interno:

> *"Principio 2: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido".*

De esta forma se ha reconocido, y así persiste en la actualidad, que todas las personas tienen unos deberes y obligaciones de carácter internacional que trascienden sus obligaciones meramente nacionales, teniendo una mayor jerarquía en caso de conflicto la normatividad internacional sobre las consagraciones internas propias del Derecho nacional. Así, inclusive, se autoriza el castigo de las conductas o crímenes cometidas en contra de la humanidad *"Sean o no consideradas violaciones de acuerdo a la legislación interna del donde se perpetra el delito"*[321].

7.10. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 5

A continuación se expone un caso real (Sentencia de 22/03/01) adelantado en contra de Streletz, Kessler y

[318] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[319] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[320] Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

[321] Traducción nuestra. Texto original: "*whether or not in violation of the domestic law in the country where perpetrated*", Tomado de PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce, *International Criminal Law. Cases and Materials*", Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses*", p. 1393.

Krenz (antiguos dirigentes de la Alemania del Este) frente al cual habrán de absolverse algunas preguntas acerca de los temas generales que se han observado a lo largo de esta Unidad.

Hechos

> *"De 1949 a 1961, unos dos millones y medio de alemanes huyeron de la República Democrática de Alemania (RDA) hacia la República Federal de Alemania (RFA). Para contener el Flujo incesante de Fugitivos, la RDA erigió el muro de Berlín el 13 de Agosto de 1961 y reforzó todos los dispositivos de seguridad a lo largo de la Frontera entre los dos Estados Alemanes, instalando minas anti persona y sistemas automáticos de disparo. Muchas personas que intentaron cruzar la frontera para ir al Oeste encontraron la muerte, bien al activarse las minas anti persona o los sistemas automáticos del disparo, bien al sucumbir a los disparos de los guardas de frontera de Alemania del Este".*

El Consejo de Estado de la RDA dictaba resoluciones generales (sobre defensa y seguridad del país) y organizaba la defensa con ayuda del Consejo Nacional de Defensa de la RDA. El ejército dependía del Ministro de Defensa Nacional directamente, quien emitía sus órdenes con fundamento en las decisiones del Consejo Nacional de Defensa. Para el caso particular, las decisiones de 14/09/62 y 01/02/67 en donde se hacía constar la relevancia de la inviolabilidad de la frontera y los procedimientos para la protección de la misma por parte de los *Guardas de la frontera.*

> *"(…) los que violaban la frontera debían ser en todos los casos arrestados como adversarios y, si fuera necesario, aniquilados (…) la colocación bien precisa y concentrada de las minas en el terreno (…) debe impedir la movilidad de «los que violan la frontera y conducir a su arresto o aniquilamiento»".*

A raíz de los hechos antes enunciados fallecieron cientos de personas entre 1971 y 1989, hechos por los que juzgaron a diferentes personas.

Preguntas

De conformidad con lo anteriormente expuesto, responda las siguientes preguntas:

1) ¿El Ministro de Defensa ejerce un mando civil o un mando militar sobre el ejército? Explique el motivo de su respuesta. ¿Cuál sería la diferencia práctica de esta diferenciación?

2) Explique bajo qué título responden los señores Streletz, Kessler y Krenz (¿acción, omisión, no responde?). Para dar respuesta a esta pregunta debe tenerse en consideración lo siguiente: el primero de ellos, miembro del Consejo Nacional de la defensa desde 1971, del Comité Central del Partido desde 1981 y Ministro de Defensa adjunto de 1979 a 1989;, el segundo, miembro del Comité Central del Partido desde 1946, Jefe del Estado M,ayor del Ejército Nacional del Pueblo, miembro del Consejo Nacional de la Defensa desde 1967 y Ministro de Defensa de 1985 a 1989, y el tercero miembro del Comité Central del Partido desde 1973, del Consejo de Estado desde 1981, de la Oficina Política y del Consejo nacional de la defensa de 1983, y Secretario general del Comité Central del partido (sucediendo al señor E. Honecker), Presidente del Consejo de estado y del Consejo Nacional de la Defensa de octubre a diciembre de 1989. Por lo tanto su respuesta debe referirse a la responsabilidad como miembros del Consejo de Defensa Nacional (emiten las resoluciones), como Ministros de Defensa (director del ejército-emisor de orden fundado en resolución) y como líderes dentro del ejército (Comandantes).

3) A la luz del derecho Internacional, ¿cuál sería la responsabilidad de los guardas de frontera que dispararon e instalaron dispositivos de disparo y minas antipersonas?

4) ¿Qué defensas pueden alegar los señores y cuáles los miembros de la guarda de frontera? ¿Cuál sería la respuesta o resultado de las defensas alegadas dentro del marco del derecho internacional y del derecho nacional?

5) Si uno de los guardas de frontera hubiere torturado a uno de los sujetos que pretendía sobrepasar la frontera previo a "*aniquilarlo*", ¿dicha conducta le sería imputable al superior jerárquico directo de dicho guarda? ¿Al Ministro de Defensa? ¿A la RDA? ¿Al Consejo Nacional de Defensa?

6) ¿Es válido aducir por parte de los investigados que se actuó conforme a una disposición legal y que por ende deberían ser exonerados? ¿Sí o no, y por qué?

7) ¿Qué responsabilidad recaería sobre la RDA por los hechos en mención de conformidad con el derecho internacional?

8) Una de las alegaciones presentadas por los señores consistió en afirmar que las conductas por las que se estaba investigando no constituían delitos en el marco del derecho de la RDA para la época de los hechos, sin embargo se logró establecer que existían principios de derecho internacional sobre el respeto por la vida y la dignidad humana. Sobre el particular responda:

   a) Teniendo en cuenta que los tribunales internos tienen prelación al momento de juzgar a una persona por esta clase de delitos en contra del derecho internacional, ¿puede, para este caso en particular, el tribunal alemán sancionar a un ciudadano alemán por una conducta que no constituye delito en dicho país? ¿Cómo operaría en el caso colombiano? Explique su respuesta.
   b) ¿Puede alegarse un *error de derecho* por parte de los dirigentes aquí investigados? ¿Cuál sería el fundamento de dicha alegación? ¿Cuál sería el resultado de dicha alegación?

9) ¿Es posible aducir los principios de soberanía e inviolabilidad de la frontera como defensa de los señores

Bibliografía general del Capítulo

ALEMANY VERDAGUER, Salvador, *Curso de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1984.

AMBOS, Kai, *Temas del derecho penal internacional.* Traducción al castellano de Fernando del Cacho, Mónica Karayan y Oscar Julián Guerrero, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* Traducido al castellano por Ezequiel Malarino, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

AMBOS, Kai y otros, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado.* Editado por GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Edit. Temis y Georg-August.Universitat Gottingen, 2008.

AMBOS, Kai. *La nueva Justicia Penal Internacional.* Editorial Fundación Myrna Mack.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *Derecho Penal Internacional.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

BANTEKAS, Ilias, "Contemporary law of superior responsibility", en: *The American Journal of International Law*, Vol. 93, Nº 3 (julio de 1999).

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional, Sentencia T-02 de 8 de mayo de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 1992. M.P.: José Gregório Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002, en que se hace revisión oficiosa de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) del Decreto Ley 85 de 1989.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, dentro de la revisión de la Ley 742 de 5 de junio de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".*

Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1998, en que se hace Revisión de constitucionalidad de la Ley 409 del 28 de octubre de 1997, "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura".*

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, por la cual se hace Revisión constitucional del *"Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

Corte Constitucional, Sentencia T-1101 de 1991.

Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-1054 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-757 de 17 de septiembre de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 1184 de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, 2006.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Radicado Nº 23825, con ponencia del doctor Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 25 de mayo de 2006, con ponencia del Doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Proceso Nº 23825 de 7 de marzo de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 13 de junio de 1995, Expediente Nº 9785, con ponencia del Doctor Carlos E. Mejía Escobar.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Decisión Parcial de las Reclamaciones entre el Estado de Eritrea y la República Federal Democrática de Etiopía. La Haya, 28 de abril de 2004.

Directiva Permanente 800-4 de 14 de febrero de 2003, Mediante la cual se formula el Plan Permanente de Integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados (DICA), en los manuales de doctrina operacional y formación militar. La meta del plan es que las operaciones de las Fuerzas Militares se desarrollen bajo el marco del DIDH y del DICA y siempre en función de la protección a la población civil.

DONELLY, Jack. *Derechos Humanos Universales en teoría y en la práctica*. México D.F.: Editorial Gernika, 1994.

FONNEGRA, Clara Cecilia. *Educar en Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Impresión Gente Nueva Editorial, 2004.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal.* Bogotá: Legis, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales.* Madrid: Tecnos, 1999.

HENDERSON, Loki. *Superior Responsibility*, International War Crimes Project Rwanda Genocide Prosecution, Memorandum for the Prosecutor.

HENSEL, Howard M. *The Legitimate Use of Military Force. The just war Tradition and the Customary Law of Armed Conflict,* ASHGATE, 2008.

ICTR-96-4, Sentencia de Primera Instancia del 2 de septiembre de 1998, Caso Jean Paul Akayesu.

ICTR-96-4. Sentencia de septiembre de 1999, Caso Jean Paul Akayesu. Traducción libre del autor.

ICTR-95-1ª-T, Sentencia de Primera Instancia de 7 de junio de 2001, Caso Ignace Bagilishema.

ICTR-98-44, Sentencia de Primera Instancia del 1º de diciembre de 2003, Caso Juvenal Kajelijeli. Traducción libre del autor.

ICTY (International criminal tribunal for de Former Yugoslavia), ICTR (International Criminal Tribunal for Rwanda), The Far Eastern Commission, International Military Tribunal Far East.

IT-95-14, Sentencia de Primera Instancia del 3 de marzo de 2000, Caso Tihomir Blaskic.

IT-95-17, Sentencia de Primera Instancia del 21 de julio de 2000, Caso Anto Furundzija.

IT-98-34, Sentencia de Primera Instancia de 31 de marzo de 2003, Caso Mladen Naletilic (Tuta) y Vinko Martinovic. Traducción libre del autor.

JIA, Bing Bing. *Yearbook of International Humanitarian Law*; The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems.

KIM, Charlotte, J.D. Candidate Harvard Law School, "*The defense of Obedience to Superior Orders"* submitted to *"The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991",* julio 15 de 1994, Harvard Law Shchool, Cambridge.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "Las Cortes Interamericana y Europea en perspectiva comparada", en: *International Law, Revista colombiana de derecho internacional*, Nº 5, junio de 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.* Capítulo VI, El caso colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

LUBKIN, Gregory P., "Special Study on Command Responsibility for Failure to Act". Submitted to The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Harvard Law School. Massachusetts, USA. July 15, 1994.

MATEUS RUGELES, Andrea, *Genocidio y Responsabilidad Penal Militar: Precisiones en torno al artículo 28 del Estatuto de Roma,* Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

Ministerio de Defensa Nacional. Fuerzas Militares de Colombia. Disposición 012 de 2007.

Music, *et al.* (IT-96-21) "*Čelebici*", Appeals Chamber, Juicio del 20 de febrero de 2001. Disponible en: http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm (traducción no oficial).

Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza de usar o del uso de armas nucleares de 8 de julio de 1996.

Naciones Unidas - ACNUR, *Diez puntos de orientación en la búsqueda de la libertad de las personas en poder de los grupos armados ilegales en el marco del conflicto armado interno en Colombia*. Tomado de http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3029.

Naciones Unidas. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comunicado de Prensa. "Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el conflicto armado", junio 30 de 2003.

Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia. "*Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado",* 13 de julio de 2004 (versión en español).

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "*Compilación de normas nacionales de Derechos Humanos*", Bogotá, abril de 2003.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "*Compilación de instrumentos internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*", Bogotá, agosto de 2003.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "*Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, Volumen I*", Bogotá, junio de 2001.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. "Ataques contra Personas o Bienes Civiles y ataques desproporcionados" *Especial referencia al estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia,* Editorial Tirant lo Blanch, Monografías 450 en asocio con la Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, 2007.

OPINIÓN Y JUZGAMIENTO de BORIS TADIC del 7 de mayo de 1997.

ORTIZ GALVIS, Ligia. *Comprensión de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Aurora, 2003.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*, Publicado por Vda de Perinat, 1856. Autor Spain. Procedente de la Universidad de Harvard digitalizado el 6 de marzo de 2008.

PAUST, Jordan J., BASSIOUNI, M. Cherif, WILLIAMS, Sharon A., SCHARF, Michael, GURULÉ, Jimmy y ZAGARIS, Bruce. *International Criminal Law. Cases and Materials,* Editorial Carolina Academic Press, Estados Unidos de América 1996. Chapter 19 "*Viable Defenses".*

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema.* Publicaciones Universidad de Sevilla.

PRIETO SAN JUAN, Rafael A., *Akayesu, El primer juicio Internacional por Genocidio*, *Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional.* Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas y Biblioteca Jurídica Diké, 2006.

Política Integral de DHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención Americana de DDHH.

RIVERA, Martha Lucía. *Educar en Derecho Internacional Humanitario.* Bogotá: Universidad de Los Andes, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, 2004.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego. *La dimensión internacional de los Derechos Humanos*, Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

ROGERS, A.P.V. *Law on the Battlefield*, Juris Publishing. Manchester University Press, 2004.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal,* Título *"245. Dominio de la Voluntad en virtud de estructuras de Poder organizadas",* Editorial Marcial Pons.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del TEDH*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

SCHABAS, William. *Genocide un International Law. The Crimes of crimes,* Editorial Cambridge Universities. Capítulo 7 "*Defences to Genocide",* 2000.

SENTENCIA: "The Hostage Case". Military Tribunal V. Case 7. United States of America against Wilhelm List, Maximilian von Weichs, Lothar Rendulic, Walter Kuntze, Hermann Foertsch, Franz Boehme, Helmuth Felmy, Hubert Lanz, Ernst Dehner, Ernst von Leyser, Wilhelm Speidel, and Kurt von Geitner.

Seminario "*Derecho operacional para operadores judiciales"* Escuela de Justicia Penal Militar DDHH y DIH.

TP-95-14, Sentencia de Primera Instancia de 25 de junio de 1999, Caso Zlatko Alekovsky. Traducción libre del autor.

TRIAL OF GENERAL TOMOYUKI YAMASHITA. Case Nº 21. United States Military Commission, Manila (8th October-7th December, 1945), and the Supreme Court of The United States (Judgments Delivered on the 4th February, 1946).

UK MINISTRY OF DEFENSE. "*The Manual of the law of armed conflict*". Oxford University Press, 2004.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "La aplicabilidad jurídica integral del DIH en el conflicto armado colombiano", en: *Derecho Internacional Humanitario en Colombia, problemática y aplicación,* Bogotá: TM Editores, 2004.

VELASQUEZ V., Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 3ª ed. corregida y actualizada, Medellín, Colombia: Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2007.

VELÁSQUEZ PEÑA, Edgard. *Comentarios al Nuevo Código Penal Militar*, 1ª ed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.

VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro. *Derecho Internacional Humanitario en Colombia, problemática y aplicación.* Bogotá: TM Editores, 2001.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional.* Traducción al castellano con la coordinación de María del Mar Díaz Pita, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

WERLE, Gerhard, Colaboradores: Florián Jessberger, Wulf Burchards, Bárbara Lüders, Stephan Meseke, Volker Nerlich, *Tratado de Derecho Penal Internacional,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Metodología del manejo investigativo de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario

Este documento hace parte del proyecto "Identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario" perteneciente al programa presidencial de DDHH y DIH –PLCI- y auspiciado por la Embajada Real de los Países Bajos. Su reproducción total o parcial requiere autorización escrita del PLCI y de la UT Universidad del Rosario-Ideamérica.

Libertad y Orden
Vicepresidencia
República de Colombia

Koninkrijk
der Nederlanden

Universidad del Rosario
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional

ideamérica
Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

PÁG.

1. Introducción 195

2. Objetivo general del Capítulo 195

3. Objetivos específicos del Capítulo 195

4. UNIDAD 1. Marco jurídico internacional y condiciones para la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario 196

4.1. Objetivo general de la Unidad 1 196
4.2. Objetivos específicos de la Unidad 1 196
4.3. Marco jurídico internacional y condiciones para la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario 196
4.3.1. Instrumentos internacionales relacionados con la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario 196
4.3.2. Condiciones para la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario 198
4.3.3. Aspectos más relevantes de los Protocolos de Estambul y Minnesota 203
4.3.4. Procedimientos a seguir en las investigaciones por tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes 209
4.3.5. Procedimiento a seguir en las investigaciones por delitos sexuales contra mujeres, niños y adolescentes 209
4.3.6. Comparación con la legislación colombiana en la materia 213
4.3.6.1 Plan Nacional de Búsqueda 213
4.4. Ejercicios de la Unidad 1 220

5. UNIDAD 2. Consecuencias del incumplimiento de los estándares normativos internacionales relacionados con la investigación de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario 222

5.1. Objetivo general de la Unidad 2 222
5.2. Objetivos específicos de la Unidad 2 222

PÁG.

5.3. Consecuencias del incumplimiento de los estándares normativos internacionales relacionados con la investigación de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario 222
5.3.1. La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de Derechos Humanos por tribunales nacionales 222
5.3.2. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos está establecida en los tratados generales de protección de derechos humanos 222
5.3.3. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos está establecida en los tratados especiales de protección de Derechos Humanos 225
5.3.4. La responsabilidad internacional es del Estado en su conjunto, y cualquiera de sus órganos puede generarla 226
5.3.5. Los órganos judiciales de un Estado tienen un rol central en el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de Derechos Humanos 226
5.3.6. La investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos es más exigente que la de delitos comunes 228
5.3.7. La investigación y juzgamiento de las violaciones de Derechos Humanos debe ser iniciada de oficio y cumplida de manera seria, imparcial, efectiva y con la debida diligencia 228
5.3.8. La investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos debe concluir en un plazo razonable 231
5.3.9. La investigación de graves violaciones de Derechos Humanos debe producir los resultados esperados 232
5.3.10. La investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derecho Humanos debe ser completa 232
5.3.11. Para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, no se pueden invocar razones de derecho interno 232
5.3.12. En materia de Derecho Internacional Humanitario 233
5.4. Ejercicios de la Unidad 2 235

6. UNIDAD 3. Derecho a la libertad y garantías procesales 240
6.1. Objetivo general de la Unidad 3 240
6.2. Objetivos específicos de la Unidad 3 240
6.3. Derecho a la libertad y garantías procesales 240
6.3.1. Derecho a la libertad de los presuntos responsables por violaciones graves a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario 240
6.3.1.1. Instrumentos internacionales 240
6.3.1.2. Derecho Penal Interno 242

PÁG.

6.3.2. Las garantías de las víctimas 242
6.3.2.1. Acerca de la noción jurídica de víctima 242
6.3.2.2. La víctima: merecedora de un trato respetuoso y digno 244
6.3.2.3. El respeto a las víctimas en el procedimiento colombiano por violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario 246
6.3.2.4. ¿Las garantías de las víctimas son absolutas en todos los casos? Ilustración de un problema 247
6.4. Ejercicios de la Unidad 3 248

Bibliografía general del Capítulo 249

1. Introducción

Las violaciones a los derechos humanos y a las infracciones del Derecho Internacional Humanitario son cometidas en actos a gran escala, de manera sistemática y en desarrollo de un plan o una política organizada por parte del Estado o de actores de un conflicto.

La comunidad internacional, consciente de lo anterior, ha convocado a expertos y expertas con el fin de elaborar protocolos que sirvan de base para la investigación de las infracciones a las normas del derecho internacional.

En desarrollo de lo anterior, se han establecido los Protocolos de Minnesota y Estambul, relacionados con la investigación de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales.

El presente capítulo se divide en tres unidades temáticas. La primera hace referencia justamente a esos instrumentos internacionales de metodología de la investigación, así como al nivel de investigación de las infracciones al DIH, siempre teniendo en cuenta la legislación o documentos internos como el Plan Nacional de Búsqueda de la Comisión de Búsqueda, señalada en la Ley 971 de 2005.

La segunda unidad analiza la omisión de los Estados y los particulares frente al incumplimiento de los estándares normativos en la investigación de estas conductas. Para esos efectos se analiza el artículo 28 del Estatuto de Roma y se reproduce un artículo que referencia las diferentes jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con las sanciones a Estados latinoamericanos, justamente por incumplir con esos parámetros internacionales.

La tercera y última unidad analiza las garantías procesales y el derecho a la libertad, como referente de las investigaciones a violaciones del DIH y de los DDHH. Éstas se comparan con normas internacionales, señalando la procedencia de principios superiores del derecho en esta clase de investigaciones.

2. Objetivo general del Capítulo

Brindar una herramienta académica que contribuya al fortalecimiento de la labor de investigación y juzgamiento que realizan los distintos operadores judiciales con referencia a los tratados o instrumentos internacionales, partiendo de la legislación interna.

3. Objetivos específicos del Capítulo

- Estudiar los instrumentos internacionales sobre metodología de investigación, en especial los Protocolos de Minnesota y de Estambul.
- Comparar la legislación interna con los instrumentos internacionales sobre investigación de transgresiones a los DDHH y al DIH.
- Revisar los casos de la jurisprudencia internacional sobre violaciones a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
- Analizar las consecuencias de la inactividad del Estado o de los particulares frente a violaciones a DDHH y a DIH.
- Integrar los conceptos del derecho internacional al derecho interno con el fin de comprender la metodología de la investigación, la omisión del Estado y los particulares, así como las garantías básicas y fundamentales frente a todos los procesos sobre DDHH y DIH.

4. UNIDAD 1

Marco jurídico internacional y condiciones para la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario

4.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 1

Estudiar los instrumentos internacionales sobre metodología de investigación, en especial los Protocolos de Minnesota y de Estambul. De igual manera, comparar la legislación interna con los instrumentos internacionales sobre investigación de las transgresiones a los DDHH y al DIH, complementándolo con la revisión de los casos de la jurisprudencia internacional sobre el tema.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 1

- Dotar a las asistentes y a los asistentes de las herramientas necesarias para investigar crímenes cometidos a gran escala.
- Permitir el intercambio de experiencias en referencia a casos de impacto internacional.
- Revisar los estándares internacionales de investigación penal.

4.3. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y CONDICIONES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

4.3.1. Instrumentos internacionales relacionados con la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario

Tanto a niveles nacionales como internacionales existe una obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos (DDHH) y al Derecho Internacional Humanitario (DIH). Muchas veces, aunque no exista una disposición que expresamente consagre y garantice el cumplimiento de esta obligación a nivel interno, ella puede derivarse de una disposición internacional consagrada en algún instrumento vinculante y de obligatorio cumplimiento para el Estado. En esta medida, si el Estado incumple su deber de investigar en las condiciones establecidas en dicho instrumento, estaría incumpliendo una obligación internacional. Para dar un ejemplo en el caso colombiano, la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al artículo 1.1, consagra la obligación de los Estados Parte de investigar las violaciones de DDHH de una manera seria, efectiva, diligente, completa y dentro de un plazo razonable.

Surge igualmente esta obligación internacional de investigar en otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros[1].

El cumplimiento de estas obligaciones de manera debida ha generado la necesidad de establecer parámetros que deben seguirse y observarse a la hora de realizar una investigación, que además cumpla con las características anteriormente mencionadas. Estos parámetros obedecen a una metodología específica a seguir en la investigación que se realice sobre las violaciones a los DDHH y al DIH, atendiendo a que estas violaciones tienen una connotación especial por la gravedad de los hechos, por los bienes jurídicos violentados con estas conductas, así como por el contexto generalizado y sistemático de violencia que generalmente las acompaña.

Internacionalmente no existe un instrumento marco, a nivel de tratado o convención internacional, que establezca cuál es la metodología que debe seguirse para investigar las violaciones a los DDHH y al DIH. Sin embargo, existen dos instrumentos fundamentales, uno de ellos con carácter vinculante aunque no directamente obligatorio, que consagra la metodología a seguir en casos relacionados con estas violaciones. Estos instrumentos son el Protocolo de Estambul[2] y el Protocolo de Minnesota[3], protocolos

[1] Ver GALVIS, María Clara; SALAZAR, Katya. La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales. Disponible en: http://www.dplf.org/uploads/1191599742.pdf

[2] Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2001. Disponible en: http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf. (Protocolo de Estambul).

[3] NACIONES UNIDAS, "Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias", 1991. UN. Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991). Disponible en: http://www.mnadvocates.org/4Jun20046.html#III (Protocolo de Minnesota).

que no son modificatorios de un tratado sino que hacen referencia a recomendaciones presentadas ante una organización internacional sobre un tema específico, y que sirven como herramientas para el tratamiento de dicho tema.

El primero complementa al segundo, el cual ha sido oficialmente adoptado por las Naciones Unidas, lo que hace que dicho Protocolo (el de Minnesota) se convierta en soft law, siendo, como se dijo, vinculante más no obligatorio. Si bien en principio esto es así dado su carácter de derecho blando, indirectamente las disposiciones de estos Protocolos pueden ser obligatorias. Esto puede ocurrir cuando una organización internacional condicione el cumplimiento de una obligación internacional a la aplicación de las directrices de dichos Protocolos. Tal podría ser el caso de los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos si la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciera que, para que se considere que una investigación en caso de tortura cumple con los parámetros exigidos por la Corte, la investigación debe realizarse atendiendo a la metodología establecida en los Protocolos. Al respecto ya la Corte Interamericana ha dicho que una investigación sobre tortura será realizada de manera diligente cuando cumpla como mínimo lo establecido por el Protocolo de Estambul[4].

Por su parte, la Resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989, recomendada por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas (ONU), establece los "Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias". Las disposiciones de esta Resolución al ser *soft law* serán, aunque no obligatorias, sí vinculantes. Dentro de esta misma categoría se encuentran:

- El anexo a la Resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos, del 20 de abril de 2000 en relación con los "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".
- El anexo a la Resolución 55/89, de 4 de diciembre de 2000, de la Asamblea General de la ONU sobre la "Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Este anexo contiene los "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".
- La Resolución 2003/33 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre "los derechos humanos y la ciencia forense".
- La Resolución 2005/26 de la Comisión de Derechos Humanos, respecto a "los derechos humanos y la ciencia forense".
- La Resolución 61/153 de 2007, de la Asamblea General de la ONU acerca de la "Tortura y otros tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos".
- La Resolución E/CN.4/2005/102/Add.1. de la Comisión de Derechos Humanos, relativa al "Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad".

Así mismo, existen otros documentos o instrumentos que contemplan la materia en estudio a nivel internacional. En relación con el procedimiento para la exhumación de cadáveres conforme al DIH, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) elaboró el proyecto denominado "Prácticas operacionales idóneas en relación con el tratamiento de los restos humanos y de la información sobre los fallecidos para personal no especializado", también conocido como The Missing. Finalmente, pueden encontrarse manuales publicados por organizaciones internacionales o por Estados que compilan las disposiciones y prácticas sobre la metodología de estas investigaciones. Dentro de estos manuales está el elaborado por el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Oficina de la ONU en Viena, denominado "Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias". El publicado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH en conjunto con la Procuraduría General de la Nación colombiana, "Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario". Otro ejemplo a nivel nacional es el "Manual para la investigación eficaz ante el hallazgo de fosas con restos humanos en el Perú", elaborado por la Defensoría del Pueblo y el Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF).

Todos estos instrumentos conforman el marco jurídico que a nivel internacional contempla las disposiciones que regulan las condiciones y el procedimiento que se debe seguir en una investigación frente a violaciones de DDHH e infracciones al DIH. Los manuales nacionales pueden informar a nivel interno las prácticas acogidas internacionalmente.

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Gutiérrez Soler contra Colombia", Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

4.3.2. Condiciones para la investigación de las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario

En términos generales, los documentos enunciados anteriormente contienen disposiciones en común, regulando de manera similar el modo, procedimiento y condiciones de investigación. Con el fin de no ser reiterativos, se hará una referencia general, y no de instrumento por instrumento, acerca de las condiciones para la investigación en caso de violaciones a los DDHH y al DIH establecidas en dichos documentos. Cabe aclarar, sin embargo, que los Protocolos de Minnesota y Estambul, así como el proyecto del CICR, "Prácticas operacionales idóneas en relación con el tratamiento de los restos humanos y de la información sobre los fallecidos para personal no especializado", abarcan prácticamente todas las disposiciones al respecto. A su vez, el "Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias" de la Oficina de la ONU en Viena, es un compendio bastante completo de las disposiciones contenidas en los tres instrumentos recién mencionados.

a) Condiciones de investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias[5]

- En los casos de sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, se realizará una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial.
- Poderes de la autoridad investigadora: los necesarios para obtener toda la información requerida para el desarrollo de la investigación. En esta medida tendrá la facultad de obligar a los funcionarios aparentemente implicados en las ejecuciones a comparecer y dar testimonio, al igual que a los testigos.
- El propósito de la investigación es descubrir la verdad sobre los hechos, y para cumplir este propósito quien conduzca la investigación debe buscar como mínimo: identificar a la víctima, recuperar y preservar la evidencia relacionada con la muerte para ayudar en cualquier juicio potencial contra los perpetradores, identificar posibles testigos y obtener declaraciones, determinar ciertas características del crimen (causa, manera, ubicación y tiempo de la muerte y cualquier patrón revelador), distinguir entre muerte natural, accidental, suicidio y homicidio, identificar y capturar a las personas involucradas en la muerte y llevar a los supuestos perpetradores ante una corte competente.
- Quienes dirigen la investigación deben contar con los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para lograr una investigación eficaz.
- Cuando los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes, los gobiernos realizarán las investigaciones por medio de una comisión de encuesta independiente (conformada por miembros imparciales, competentes e independientes de cualquier institución o persona objeto de investigación) o por otro medio análogo.
- Quienes realicen la autopsia deben contar con la posibilidad real de actuar imparcialmente y con independencia de cualquier persona u organización que pueda estar implicada en los hechos investigados.
- Se brindará protección a los querellantes, testigos, investigadores y sus familiares, frente a cualquier acto o amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Lo mismo se predica de estas personas cuando las investigaciones se adelanten por una comisión independiente de investigación. Con este fin, los supuestos implicados en las ejecuciones serán apartados de los puestos que impliquen control o poder directo o indirecto sobre las personas arriba mencionadas.
- Se permitirá acceder a toda la información pertinente a la investigación, a los familiares de la persona fallecida así como a sus representantes legales.
- Los familiares de la persona fallecida así como sus representantes legales tendrán derecho a presentar pruebas.
- En la autopsia podrá estar presente un médico o un representante calificado de la familia de la persona fallecida por solicitud de la misma.
- La familia o parientes será informada de manera inmediata una vez halla sido determinada la identidad del fallecido.
- Debe existir un informe por escrito sobre los métodos y las conclusiones de las investigaciones, los hechos y pruebas sobre las que se basaron dichas conclusiones, así como los nombres de los testigos, salvo reserva por razones de seguridad. El informe debe ser redactado dentro de un plazo razonable y publicado de manera

[5] Naciones Unidas, Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989, "Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias" (recomendada por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas). Centro del Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, "Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias". Disponible en: http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/medicinaforenseedeontologia/MANUAL%20SOBRE%20LA%20PREVENCION%20E%20INVESTIGACION%20EFICACES%20DE%20LAS%20E.pdf

inmediata. Lo mismo se predica del reporte de la comisión cuando la investigación es adelantada por dicho organismo.

- El gobierno debe responder públicamente al informe, así como al reporte de la comisión, o indicar las medidas que va a tomar al respecto.
- Se establecerá una comisión independiente, objetiva e imparcial de investigación cuando se sospeche que el gobierno está involucrado con los crímenes cometidos, o cuando se ponga en duda la aptitud y experiencia de los investigadores. El Protocolo de Minnesota enuncia las situaciones en las que se considera se está frente a alguna de las dos hipótesis que llevan a establecer una comisión de investigación.
- Para definir el alcance de la investigación que se llevará a cabo por la comisión independiente, se realizarán unos términos de referencia entre el gobierno y las organizaciones que establezcan las comisiones.
- Los miembros de la comisión independiente deben tener autoridad para: obtener toda la información necesaria para la investigación, publicar el reporte, evitar el entierro u otras disposiciones del cuerpo hasta que se realice un examen post-mortem adecuado, visitar la escena donde se descubrió el cadáver y la escena donde posiblemente haya muerto, recibir evidencia de testigos y organizaciones por fuera del país.
- Los miembros de la comisión de investigación deben ser imparciales, competentes e independientes.
- Los investigadores miembros de la comisión independiente de investigación deben contar con el soporte técnico y administrativo adecuado, así como acceder a asesoría legal imparcial, con el fin de asegurarse que la investigación producirá evidencia jurídicamente admisible dentro de un proceso.
- Dichos investigadores deben recibir todo el apoyo de los recursos y poderes del gobierno, y contar con el poder de buscar ayuda de expertos legales, médicos y forenses por parte de la comunidad internacional.
- En relación con las personas sujetas a la investigación por parte de una comisión independiente de investigación, debe garantizárseles las mínimas garantías procesales en todas las etapas de investigación.
- Si la comisión de investigación concluye que hay un miedo razonable de persecución, acoso o lesión a cualquier testigo o futuro testigo, se aconseja: oír la evidencia en cámara, mantener la confidencialidad de la identidad de testigos o informantes, usar solo esa evidencia en cuanto no presente riesgo frente a la identificación de los testigos y tomar cualquier otra medida adecuada.
- Se debe dar amplia cobertura noticiosa al establecimiento de la comisión y al asunto en investigación. La noticia también debe invitar a dar testimonios relevantes con la investigación.
- Todos los testigos tienen derecho a asesoría legal si así lo requieren, y éstos no pueden ser obligados a declarar en contra de sí mismos en cosas no relacionadas con el alcance de la investigación.
- A los participantes en la investigación se les debe permitir hacer preguntas por escrito a la comisión de investigación.
- No puede ser causal de exclusión de responsabilidad la orden de un superior o de una autoridad pública.

b) Condiciones de investigación en los casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[6]

- Las investigaciones de estos crímenes deben ser eficaces. Una investigación eficaz debe cumplir con los siguientes objetivos: aclarar los hechos y establecer la responsabilidad de las personas, determinar las medidas necesarias para evitar su repetición, facilitar el procesamiento y, si es el caso, el castigo de las personas responsables por los crímenes, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación.
- La investigación de estos crímenes debe ser pronta, efectiva e iniciarse de oficio cuando no exista denuncia expresa y existan indicios sobre la comisión de estas conductas delictivas.
- Los investigadores deben ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que los autores pertenezcan. Igualmente deben ser imparciales y competentes.
- Los métodos utilizados para realizar estas investigaciones tendrán el máximo nivel profesional.
- Las conclusiones de las investigaciones se harán públicas.
- Poderes de la autoridad investigadora: serán los mismos que los mencionados en el caso de las

[6] Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2001. Disponible en: http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf. (Protocolo de Estambul). Asamblea General de las Naciones Unidas, Anexo del 20 de abril de 2000, a la Resolución 2000/43, "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Asamblea General de las Naciones Unidas, Anexo del 4 de diciembre de 2000, a la Resolución 55/89, "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

investigaciones por ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

- La disposición sobre los recursos presupuestarios y técnicos de las condiciones de investigación para los casos de ejecuciones se aplica igualmente para la investigación por tortura y otros tratos crueles.
- Se brindará protección a las presuntas víctimas de tortura o malos tratos, testigos, investigadores y sus familiares, frente a cualquier acto o amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Con este fin, los supuestos implicados en la tortura o malos tratos serán apartados de los puestos que impliquen control o poder directo o indirecto sobre las personas arriba mencionadas.
- Las presuntas víctimas de tortura o malos tratos y sus representantes legales tendrán, al igual que en el caso de las ejecuciones, derecho a acceder a toda la información pertinente a la investigación, así como a aportar pruebas.
- Las audiencias deben ser abiertas para las víctimas o sus representantes y ellos podrán aportar pruebas.
- Se aplicarán las mismas soluciones que en el caso de las investigaciones por ejecuciones, cuando el procedimiento de investigación sea insuficiente.
- El informe sobre el alcance de la investigación contempla las mismas condiciones establecidas para el caso del informe sobre ejecuciones.
- Normas para los peritos médicos que participen en investigaciones de tortura y otros tratos crueles: estos peritos deben comportarse y desarrollar su trabajo en todo momento atendiendo a las normas éticas más estrictas y obtener el libre consentimiento de la persona antes de examinarla.
- Los peritos médicos deben examinar a la persona en privado, sin otras personas de seguridad o funcionarios del gobierno.
- Los peritos médicos deben elaborar un informe que contenga las circunstancias de la entrevista (nombre del entrevistado, lugar, fecha, hora, estado del entrevistado), historial (exposición detallada de los hechos narrados por el sujeto, como la forma en que era torturado, el tiempo de las torturas y síntomas físicos y psicológicos), examen físico y psicológico, opinión y autoría (el informe debe ir firmado).

c) Condiciones generales de investigación para las violaciones de los DDHH e infracciones al DIH (además de las enunciadas anteriormente)[7]

A título de recomendaciones para los Estados, la ONU ha establecido las siguientes condiciones de investigación:

- Velar por la seguridad de los expertos forenses y de otros expertos afines.
- Establecer procedimientos de investigación minuciosos, rápidos e imparciales.
- Cuidar que la información personal obtenida de la investigación no se utilice en forma atentatoria a los DDHH.
- Cuando las investigaciones se adelanten por una comisión de verdad, se debe hacer un esfuerzo para que los hombres y las mujeres participen en las deliberaciones en igualdad de condiciones.
- Con el fin de respetar la dignidad de las víctimas y sus familias, la investigación adelantada por la comisión de verdad debe garantizar el reconocimiento de aquella parte de la verdad que estaba oculta o negada.
- En cuanto al alcance de la comisión de verdad, y las características de sus miembros, se contemplan las mismas condiciones mencionadas para las investigaciones realizadas en estos órganos en relación con ejecuciones extrajudiciales.
- Antes de dar a conocer públicamente el nombre de las personas acusadas, se debe corroborar la información que las implique con los hechos y se debe escuchar su versión.
- Las víctimas y testigos sólo serán llamados a declarar de manera voluntaria. Durante la declaración debe haber asistentes sociales y psicológicos que les podrán brindar ayuda.
- Se debe proteger la información de testigos que hablaron bajo confidencialidad.
- Respecto a la publicación del informe final de la comisión de verdad, se predican las mismas condiciones señaladas respecto a estos informes en las investigaciones de ejecuciones extrajudiciales.

4.3.3. Aspectos más relevantes de los Protocolos de Estambul y Minnesota (Cuadro 1)

[7] Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/26 y 2003/33, "Los derechos humanos y la ciencia forense". Comisión de Derechos Humanos, Resolución E/CN.4/2005/102/Add.1. "Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad".

CUADRO 1

Aspectos más relevantes de los protocolos de Estambul y Minnesota			
Temáticas		Protocolo de Estambul (2001)	Protocolo de Minnesota (1991)
Fuente		http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf	http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/54_sp.htm
Contenido		Este documento se enfoca de forma especial en el delito de la tortura.	Este protocolo se enfoca en la temática relacionada con la investigación legal de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias. Algunas de sus disposiciones están dirigidas al personal autorizado por la ley para realizar las investigaciones, así como a los miembros de una comisión de investigación independiente. Otras hacen referencia a las guías que deben seguirse para establecer una comisión independiente de investigación.
Procedimiento de investigación	Inicio	A solicitud de parte o de oficio.	Se iniciará de forma inmediata una investigación exhaustiva e imparcial de los hechos. No importa si no media una solicitud de parte, ya que basta la existencia de un informe que revele la existencia de una muerte no natural.
	Pruebas	Se debe recopilar todo el material probatorio requerido para obtener la verdad sobre los hechos. Se debe elaborar un peritaje médico en el cual se detallen los siguientes aspectos: • Circunstancias de la entrevista. • Exposición de los hechos relatados por la persona. • Examen físico y psicológico. • Opinión. Este informe será confidencial.	Debe existir una etapa probatoria en la cual se practiquen, entre otras, autopsias y testimonios. La autopsia deberá contener los siguientes elementos: • Identidad de la persona. • Causa de la muerte. • Forma de la muerte. • Momento y lugar en que se produjo. • Fotografías de la persona. • Descripción de las lesiones que presente la persona. La investigación debe distinguir entre muerte por causas naturales, muerte por accidente, suicidio y homicidio.
	Investigado	Los presuntos implicados deberán ser separados de su cargo, siempre y cuando entrañen control o poder directo o indirecto sobre las víctimas y sus familias.	Igual facultad para el órgano de investigación de estos hechos.
	Víctimas	La realización de cualquier audiencia deberá ser notificada a los implicados y a las víctimas de los hechos. Los mismos tendrán derecho a conocer la investigación que se haya realizado.	Los familiares de la víctima tienen derecho a: (i) Ser protegidos. (ii) Ser notificados de las diligencias que se practiquen. (ii) Conocer la integridad de la investigación.
Conclusión		Al final de la investigación se deberá redactar un informe en el cual se expondrá: alcance de la investigación, procedimientos y métodos usados para valorar las pruebas (en especial lo concerniente a los testimonios y los peritazgos), las conclusiones, los testigos, y por último las recomendaciones.	Al momento de concluir la investigación se deberá redactar un informe con los siguientes aspectos: • Material probatorio. • Métodos usados en la investigación. • Conclusiones de la investigación. La conclusión de la investigación involucra también: i. Anuncio público de la muerte de la víctima. ii. Terminada la investigación, el cuerpo de la víctima deberá ser devuelto a la familia. iii. Publicación del informe en un medio de comunicación de amplia circulación.

CUADRO 1 (cont.)

Aspectos más relevantes de los protocolos de Estambul y Minnesota		
Temáticas	Protocolo de Estambul (2001)	Protocolo de Minnesota (1991)
Conclusión (cont.)	El informe deberá ser publicado en un medio de comunicación de amplia circulación. El Estado debe responder a las conclusiones que revele el documento elaborado por el investigador. Allí se deberán detallar las medidas que se tomarán frente a los resultados.	iv. El Gobierno deberá responder al informe en un plazo razonable, aunque el mismo deberá velar porque se juzgue a las personas que la investigación haya identificado como responsables.
Condiciones	Los investigadores deberán ser independientes de los investigados y de los organismos a los cuales pertenezcan. Los mismos tendrán autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, así como para obtener toda la información necesaria para esclarecer los hechos. Cuando no exista competencia para investigar o se adolezca de imparcialidad, la investigación deberá ser adelantada por una comisión independiente o por otro procedimiento análogo. Los peritos deberán ajustarse a las normas éticas y la práctica médica más estricta. Este experto deberá solicitar autorización de las personas implicadas antes de examinarlas. Cuando se proceda al examen no se desarrollará en presencia de agentes de seguridad.	Los Gobiernos deberán establecer órganos y procedimientos de investigación de este tipo de circunstancias. El investigador deberá contar con: poderes para obtener toda la información necesaria, recursos presupuestales y técnicos, facultades para obligar a los funcionarios implicados a comparecer y dar testimonio, apartar al funcionario de su cargo cuando el mismo implique un control o un poder directo o indirecto sobre los querellantes, los testigos, los investigadores y sus familias. No puede ser causal de exclusión de responsabilidad la orden de un superior o de una autoridad pública. Si existen problemas con la competencia o la imparcialidad, la investigación deberá ser adelantada por una Comisión de Investigación Independiente o por otro procedimiento análogo.
Temáticas desarrolladas	1. La noción de tortura. 2. Las normas jurídicas aplicables. Allí se destacan las siguientes instituciones o entes competentes para conocer de estas conductas: a. Naciones Unidas: • Comité contra la tortura. • Comité de Derechos Humanos. • Consejo de DDHH. • Relatoría Especial. b. Organizaciones Regionales: • Comisión Interamericana de Derechos Humanos. • Corte Interamericana de Derechos Humanos. • Tribunal Europeo de Derecho Humanos. • Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos degradantes. • Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. • Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. c. Corte Penal Internacional. Cuando se hace referencia a cada una de estas instituciones, se menciona por un lado las obligaciones de los Estados respecto de este delito, y por otro, el instrumento de constitución y características más importantes de cada uno de estos entes.	1. Obligaciones y prohibiciones respecto de los Estados. Obligaciones: • Conductas típicas y sancionadas proporcionalmente. • Control de las capturas. • Protección a grupos vulnerables. • Reclusión en buenas condiciones. • Efectivo juzgamiento y sanción de estas conductas. • Determinar las acciones necesarias para que no se repitan esos eventos. • Cooperación plena en caso de una investigación de carácter internacional. Prohibiciones: • Ejecuciones. • Extradición a lugares donde puedan ser ejecutados arbitrariamente. • Destrucción del cuerpo materia de investigación. • Concesión de inmunidades para las personas que realicen estas conductas. 2. Investigación: a) Objetivos (causa, forma y momento de la muerte). b) Autoridad investigadora. c) Comisión de Investigación Independiente.

CUADRO 1 (cont.)

Aspectos más relevantes de los protocolos de Estambul y Minnesota		
Temáticas	Protocolo de Estambul (2001)	Protocolo de Minnesota (1991)
Temáticas desarrolladas (cont.)	3. Normas éticas construidas para cada tipo de profesión (a modo de ejemplo se puede mencionar las del ámbito jurídico y las del ámbito médico). 4. Investigación de la tortura. A. Principios. B. Objetivos. C. Procedimiento. • Órgano investigador. • Entrevista a la víctima. • Selección del investigador. • Elementos mínimos por establecer en lo que se refiere a los elementos fácticos que rodearon el hecho sujeto a investigación. D. Pruebas. E. Manejo de la víctima. 5. Tortura. Diagnóstico, tratamiento, mecanismos de identificación, tipos, signos físicos y psicológicos.	d) Respecto del cuerpo de la persona fallecida se determinan: • Prohibiciones. • Elementos a determinar en la investigación. • Independencia de la investigación. e) Protección y derechos de las víctimas. f) Medidas cautelares sobre los implicados. g) Responsabilidad y orden del superior.

4.3.4. Procedimientos a seguir en las investigaciones por tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (Cuadro 2)

CUADRO 2

Procedimiento a aplicar en una investigación de tortura	
Principios sobre la investigación	Una investigación en caso de tortura será viable cuando se realice con competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. El Estado está obligado a investigar de manera pronta e imparcial todo caso de tortura.
Obligaciones internacionales	El Estado, en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de una tortura, deberá realizar las investigaciones y el juicio procedente, o extraditar a dicha persona al Estado con jurisdicción para conocer del caso.
Actividades necesarias para cumplir con los objetivos	Aclarar los hechos relacionados con una presunta tortura, con el fin de: Identificar a los responsables, facilitar su procesamiento y, cuando sea el caso, su castigo. Demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca reparación que incluya una indemnización pecuniaria justa y adecuada, y los medios para atención médica y rehabilitación. Usar la información en otros procesos en los que se busque la compensación de las víctimas, reconocer la responsabilidad de las personas o Estados ante las víctimas y sus familias, determinar las medidas que lleven a la no repetición de los actos relacionados con la tortura. Las personas que tengan a su cargo la investigación por tortura deben como mínimo tener la posibilidad de: • Obtener declaraciones de las víctimas. • Recuperar y preservar las pruebas (incluidas las médicas). • Identificar a posibles testigos. • Obtener declaraciones de posibles testigos. • Determinar las situaciones de tiempo, modo y lugar en las que se produjo la presunta tortura y cualquier práctica relacionada con ésta.

CUADRO 2 (cont...)

Procedimiento a aplicar en una investigación de tortura	
1. Comisión especial de encuesta (cont.)	1. Comisión especial de encuesta: a. Se debe crear una comisión especial de encuesta para realizar una investigación objetiva e imparcial cuando: • Alguno de los miembros del gobierno o de las fuerzas militares de un Estado es sospechoso de haber ordenado o tolerado la tortura. • Haya dudas acerca de la experiencia o imparcialidad de los investigadores habituales. b. Se considera que se está frente a alguna de las dos situaciones anteriores cuando: • La última vez que fue vista la víctima no presentaba daño alguno y estaba detenida o en custodia de la policía. • El modus operandi es conocido y atribuible a la tortura que es patrocinada por el Estado. • La investigación de los hechos relacionados con la tortura ha tratado de ser obstruida o retrasada por agentes del Estado o personas asociadas al mismo. • Una comisión especial de encuesta favorece al interés público. • La investigación realizada por los órganos de investigación habitual se cuestiona por: - falta de experiencia - falta de imparcialidad - importancia del asunto - modalidades especiales de abuso - quejas de las personas - otras insuficiencias o cualquier otra razón de fondo. c. Condiciones en la creación de una comisión especial de encuesta: • Se deben garantizar salvaguardas mínimas del procedimiento, así como proteger en todas las fases de la investigación a las personas objeto de la encuesta. • Para asegurar la obtención de información admisible en un procedimiento penal los investigadores deben tener el apoyo personal técnico y administrativo adecuado, así como acceso a asesoramiento jurídico objetivo e imparcial. • Los recursos y facultades del Estado deben ser puestos plenamente a disposición de los investigadores. • Los investigadores tendrán el poder necesario para pedir a la comunidad internacional la ayuda de expertos en derecho y medicina.
2. Entrevistar a la presunta víctima y a otros testigos	1. Atendiendo a las particulares circunstancias de este crimen, es necesario que: • Al realizar la entrevista se tenga en cuenta y se demuestre sensibilidad por la presunta víctima y los testigos de la tortura. • El Estado deberá proteger a las víctimas de la tortura, a los testigos y a sus familias de toda violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación que pueda producirse en el curso de la investigación. Esto es una obligación del Estado. • Los investigadores deben informar a los testigos sobre las consecuencias que pueden generarse por ser parte de la investigación y sobre cualquier otra cosa que, estando relacionada con el caso, pueda afectarles. • Se respete el derecho de la presunta víctima a negarse a cooperar, en todo o en parte, con la investigación. • Se haga todo lo posible para acomodar el proceso de acuerdo con el tiempo y el deseo de la presunta víctima. 2. Aspectos centrales para tener en cuenta en relación con la entrevista: a. Consentimiento informado y medidas de protección de la presunta víctima. Desde el principio debe informarse a la presunta víctima acerca de: • La naturaleza del procedimiento (cuando sea posible). • La razón por la cual se solicita su testimonio (cuando sea posible). • Si se utilizará la información que ha aportado (cuando sea posible). • Cómo se utilizará esa información (cuando sea posible). • Qué partes de la investigación se publicarán. • Qué partes de la investigación serán confidenciales.

CUADRO 2 (cont...)

2. Entrevistar a la presunta víctima y a otros testigos (cont.)	• El progreso de la investigación. • Las audiencias importantes dentro de la investigación y el procesamiento del caso. • La detención del presunto agente responsable de la tortura. • Grupos de defensa y tratamientos que puedan ayudarla Para asegurar que se produce un cambio de información y de formación en relación con la tortura, los investigadores deben trabajar junto con grupos de defensa de su jurisdicción. b. Selección del investigador Los encargados de la investigación deben seleccionar a la persona principalmente responsable de realizar el interrogatorio a la presunta víctima. Para esto tendrán en cuenta: i. La preferencia que la presunta víctima muestre respecto a: • Una persona del mismo sexo. • Una persona del mismo medio cultural. • Una persona con la que pueda comunicarse en su idioma materno. ii. La formación o experiencia en documentación de la tortura y en el trabajo con víctimas de traumas, incluida la tortura. • Si no se encuentra una persona con estas características, el investigador seleccionado deberá, previamente al interrogatorio, hacer todo lo posible para informarse acerca de la tortura y sus consecuencias físicas y psicológicas. • Durante la investigación el investigador debe tener acceso a asesoramiento y asistencia de expertos internacionales. Aunque la persona principalmente encargada del interrogatorio necesite examinar su caso junto con otros profesionales (como médicos y abogados) los investigadores deben propender por evitar innecesarias repeticiones de la historia personal. c. Contexto de la investigación: El investigador debe analizar con todo el cuidado el contexto en el que se encuentra investigando. Con base en esto debe: i. Tomar las precauciones y salvaguardas necesarias y oportunas: • Si la persona a interrogar se encuentra en prisión o en una situación similar en la que pueda sufrir represalias, el investigador debe tener cuidado de no ponerla en peligro. • Si hablar con un investigador puede poner en peligro a alguien, se hará preferiblemente una entrevista grupal y no individual. • El entrevistador buscará un lugar en el que pueda realizar una entrevista privada y el testigo se sienta seguro para hablar con libertad. • El investigador debe tener mucho cuidado al ponerse en contacto con presuntas víctimas de tortura, auque no se encuentren en un peligro inminente. ii. Tener en cuenta los diferentes contextos políticos y las normas legales en cuyo marco se desarrolla la investigación, pues éstas se ven afectadas por el contexto. • Una investigación que indica la responsabilidad de un presunto agente requiere el máximo nivel de prueba de tortura. • Un informe que apoye una demanda de asilo político requiere un nivel de prueba de tortura relativamente bajo. Lista ejemplificativa mas no exhaustiva de contextos: • El sujeto a indagar se encuentra en prisión o detención en su país de origen. • El sujeto a indagar se encuentra en prisión o detención en otro país. • El sujeto a indagar no fue detenido en su país de origen en tiempo de paz y seguridad. • El sujeto a indagar se encuentra en otro país que puede ser amistoso u hostil. • El sujeto a indagar se encuentra en un campo de refugiados. • El sujeto a indagar se encuentra ante un tribunal por crímenes de guerra o ante una comisión de verdad.

CUADRO 2 (cont...)

2. Entrevistar a la presunta víctima y a otros testigos (cont.)	Ejemplos de contextos hostiles para la víctima o el examinador: • Entrevista a detenidos mantenidos en prisión por sus gobiernos. • Entrevista a detenidos por gobiernos extranjeros para su deportación. • Examen a demandantes de asilo para hallar signos de tortura. iii. Tener en cuenta los siguientes aspectos generales que se traducen en mejores resultados de la entrevista: • El lenguaje y la actitud del investigador; esto influye en la capacidad y voluntad de la víctima hacia la entrevista. • El lugar que se elija para la entrevista: lo más seguro y cómodo posible, con facilidades sanitarias y alimenticias. • El tiempo suficiente para la entrevista; no pretender que en la primera entrevista se recoja toda la información necesaria o la historia completa. • Las preguntas privadas van a generar trauma en la presunta víctima. • El investigador debe ser sensible al tono que use y a la forma y secuencia con que realice las preguntas. • Advertir a los testigos de la posibilidad que tienen de: interrumpir el interrogatorio en cualquier momento, tomar un descanso cuando lo deseen, y decidir no responder a cualquier pregunta. • Ponerse a disposición de la presunta víctima, de los testigos y de los miembros del equipo investigador, servicios psicológicos y de consejo, siempre que sea posible.. • Estimular a que los investigadores –dentro del respeto de la ética profesional y de la confidencialidad– discutan sus reacciones frente a las entrevistas de las víctimas de tortura, atendiendo a la realidad de posibles síntomas de trauma secundario que afecten a los entrevistadores. Se debe procurar que esto se haga con la ayuda de un facilitador con experiencia. • Se debe tener en cuenta siempre que los entrevistadores pueden estar influenciados por uno de dos aspectos que modifiquen los resultados de la entrevista: - que el entrevistador se identifique con el presunto torturado y por lo tanto no sea lo suficientemente crítico ante la historia que relata. - que el entrevistador esté tan acostumbrado a escuchar historias de tortura que menosprecie las experiencias de la persona entrevistada. d. Seguridad de los testigos: i. Es responsabilidad del Estado propender por las siguientes medidas en relación con la investigación en casos de tortura: • Proteger a las presuntas víctimas, testigos y a sus familias de toda violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación relacionada con la investigación. • Alejar de toda posición de control o poder (directo o indirecto) que tengan las personas que puedan verse implicadas en la tortura, sobre los demandantes, los testigos y sus familias, y los investigadores. ii. Medidas de seguridad frente a los entrevistados: • Los investigadores deben tener en cuenta en todo momento los efectos que su investigación puede tener sobre la seguridad de la presunta víctima de tortura y de los testigos. • Se puede utilizar como técnica de protección del entrevistado, especialmente en los casos en que éste se encuentre recluido o detenido, el anotar y mantener en seguridad su identidad y cerciorarse de la seguridad de esta persona en posteriores visitas. • Si es probable que el testigo corra peligro por su declaración, el investigador debe intentar buscar otra fuente de información. • En caso de investigaciones que lleven a un procesamiento o a un foro público, el investigador debe recomendar medidas que eviten todo daño a la presunta víctima (suprimir de registros públicos el nombre o cualquier información que lleve a identificarlo; ofrecer la posibilidad de rendir testimonio a través de dispositivos enmascadores de imagen o de voz o por televisión en circuito cerrado). Estas medidas deben ser compatibles con los derechos del acusado.

CUADRO 2 (cont...)

2. Entrevistar a la presunta víctima y a otros testigos (cont.)	iii. Entrevistado que se encuentra preso o detenido: • El entrevistador debe saber que un entrevistado que está detenido corre más peligro que alguien que no se encuentre en esta situación. • El entrevistador debe ser conciente de que los prisioneros pueden reaccionar de forma diferente ante una entrevista: - puede el entrevistado ponerse en peligro por sus declaraciones, al considerar que está a salvo o protegido por el entrevistador que representa un agente externo. - puede el entrevistado estar muy intimidado y desconfiado, y por ende no pronunciar ninguna palabra en la entrevista. En este caso se aconseja iniciar con entrevistas grupales en las que se explique el ámbito y objetivo de la investigación, y posteriormente invitar a entrevistas individuales voluntarias. -cuando el temor a represalias es muy alto, puede hacerse necesario realizar la entrevista a todos los prisioneros en un lugar de custodia, con el fin de que no se pueda individualizar al entrevistado. e. Utilización de intérpretes: • Lo ideal es trabajar con un intérprete que haga parte del equipo de investigación y que sea conocedor de cuestiones relativas a la tortura (ver el Protocolo de Estambul para informarse al respecto). • Si no es posible encontrar un intérprete del idioma que hable la presunta víctima o testigo, por lo general debe acudirse a familiares. Esta situación no es la ideal, pues la presunta víctima puede sentirse incómoda para narrar su historia frente a un conocido. f. Información que debe obtenerse de la persona que alega haber sido torturada: • Circunstancias que condujeron a la tortura, incluido el arresto o el rapto y la detención. • Fechas y momentos aproximados de la tortura, con mención del momento del último acto de tortura. El investigador debe tener en cuenta que lograr una cronología exacta en casos de tortura es complicado, pues la tortura puede haber ocurrido en varios lugares y con intervención de diferentes agentes, y el torturado por lo general no mantiene la noción del tiempo. Se aconseja recoger historias diferentes para los distintos lugares de tortura, así como reunir varios testimonios convergentes, lo cual ayuda a formarse una imagen global de lugares, métodos de tortura y agentes torturadores. • Descripción detallada (señas corporales y de la voz) de las personas que intervinieron en el arresto, la detención y la tortura, incluyendo el hecho de si se conocía a alguno de ellos antes de la ocurrencia de los hechos relativos a la tortura y si estaban bajo influencia del alcohol o de alguna droga. • Qué se le dijo o preguntó a la persona presuntamente torturada; esto puede ayudar a obtener información que identifique lugares secretos o desconocidos de detención. • Descripción de actividades cotidianas en el lugar de detención y de las características de los malos tratos. • Descripción de los detalles de la tortura y de los métodos utilizados. El investigador debe tener en cuenta la sensibilidad y los traumas de las preguntas relacionadas con la obtención de esta información. • Si el sujeto ha sufrido o no una agresión sexual. Se entiende que esta incluye no sólo la violación, sino igualmente las agresiones verbales, el desnudamiento, toqueteo, actos obscenos o humillantes, golpes o choques eléctricos en los genitales. El investigador debe tener en cuenta que es difícil obtener información al respecto y que para obtener la historia completa puede tardar varias sesiones, pues por lo general es complicado que la víctima de agresión sexual narre o acepte haber sido víctima de tal conducta. • Las lesiones físicas sufridas con ocasión de la conducta. • Descripción de los objetos físicos utilizados durante la tortura, incluyendo armas. • La identidad de los testigos de todos los actos que han formado parte de la tortura, teniendo en cuenta las medidas de seguridad mencionadas anteriormente. Por ejemplo mantener los nombres en lugar diferente a la parte principal de las notas que tome sobre la entrevista. g. Declaración de la persona que alega haber sufrido tortura: • Esta declaración debe registrarse en cinta magnetofónica. • Se debe transcribir una declaración detallada de la persona. • La declaración debe basarse en respuestas a preguntas neutras no sugerentes, sin suposiciones o conclusiones. • Para asegurar la obtención de información admisible en un procedimiento penal, los investigadores deben tener el apoyo personal técnico y administrativo adecuado, así como acceso a asesoramiento jurídico objetivo e imparcial.

CUADRO 2 (cont...)

2. Entrevistar a la presunta víctima y a otros testigos (cont.)	g. Declaración de la persona que alega haber sufrido tortura: • Esta declaración debe registrarse en cinta magnetofónica. • Se debe transcribir una declaración detallada de la persona. • La declaración debe basarse en respuestas a preguntas neutras no sugerentes, sin suposiciones o conclusiones. • Para asegurar la obtención de información admisible en un procedimiento penal, los investigadores deben tener el apoyo personal técnico y administrativo adecuado, así como acceso a asesoramiento jurídico objetivo e imparcial.
3. Asegurar y obtener pruebas físicas	Acopio y análisis de pruebas físicas: a. Para documentar una situación de tortura, el investigador debe: • Reunir todas las pruebas físicas que le sea posible. • Documentar la cadena de custodia que ha intervenido en su acción de recuperar las pruebas físicas para que ellas sean utilizables en futuros procesos jurídicos. • Tener el poder suficiente para acceder a cualquier lugar y asegurar el sitio donde ocurrió la supuesta tortura. El Estado debe otorgar a los investigadores esta facultad. • Coordinar esfuerzos para realizar una investigación minuciosa del sitio donde supuestamente se llevó a cabo la tortura. b. Manejo del lugar bajo investigación: • El edificio o lugar bajo investigación debe clausurarse para evitar que se pierdan las pruebas. • Una vez designado como "lugar de investigación", los únicos autorizados para ingresar serán los investigadores y su personal. • El lugar debe ser estudiado en busca de cualquier prueba material. • Todas las pruebas deben ser recogidas, manejadas, empacadas y marcadas adecuadamente, guardándolas en un lugar seguro donde no se contaminen, manipulen o pierdan. • Si la tortura ha ocurrido recientemente, toda muestra hallada de líquidos orgánicos, pelo, fibras, hebras, etcétera, se deberá recoger, etiquetar y preservar adecuadamente. • Todo instrumento para tortura se deberá recoger y preservar, tanto si fue creado para tal fin o se le dio ese uso. • Si el hecho fue reciente, se tomarán huellas dactilares. • Se hará un plano a escala y debidamente señalado de los lugares donde se han practicado las torturas; este mostrará todos los detalles pertinentes (situación de ventanas, habitaciones pisos, etc.). También se realizarán fotografías a color. • Se tomará una lista con todas las personas que se hallaban en el presunto escenario de la tortura, con toda la información posible sobre ellos. • Si el hecho fue reciente se analizará la ropa de la víctima para buscar en ella muestras de líquidos orgánicos u otras pruebas físicas. • Se buscará información de todas las personas en el lugar para saber si fueron testigos de los actos de presunta tortura. • Se recogerá todo escrito, registro o documento.
4. Signos médicos	1. Examen médico de la presunta víctima: • Debe hacerse en el momento más oportuno. • En todo caso, independiente del tiempo transcurrido desde ocurrida la tortura, debe realizarse. • Si la tortura se dio en las últimas seis semanas el examen se hará más urgente para poder detectar las señales de maltrato. • El examen debe incluir una evaluación sobre la necesidad de tratar y hacer seguimiento a las lesiones o enfermedades causadas por la tortura (físicas o psicológicas). • Siempre es necesario realizar una evaluación psicológica de la presunta víctima de la tortura.

CUADRO 2 (cont...)

4. Signos médicos	2. La impresión clínica que debe hacerse para el informe sobre signos físicos y psicológicos de tortura debe intentar responder estas seis preguntas: • ¿Hay relación entre los signos físicos y psicológicos hallados y el informe de tortura? • ¿Qué condiciones físicas contribuyen al cuadro clínico? • ¿Son los signos psicológicos hallados los que cabe esperar o las reacciones típicas ante un estrés máximo dentro del contexto cultural y social del individuo? • Dado el curso fluctuante con el tiempo de los trastornos mentales relacionados con los traumas, ¿cuál sería la cronología en relación con los actos de tortura? ¿En qué punto de la recuperación se encuentra el sujeto? • ¿Qué otros factores de estrés afectan al sujeto (por ejemplo, una persecución mantenida, migración forzada, exilio, pérdida de los papeles familiar y social, etc.)? ¿Qué impacto tienen estas cuestiones sobre la víctima? • ¿Podría sugerir el cuadro clínico una falsa alegación de tortura?
5. Fotografías	1. Deben tomarse fotografías a color de: Las personas presuntamente torturadas. • Los locales donde ocurrió la tortura. • Las señales físicas de la tortura. 2. La fotos deben tomarse con los siguientes parámetros: • Incluir una cinta métrica en la foto, que haga clara la escala de la fotografía. • Las fotos deben tomarse rápido (aunque sólo se cuente en el momento con una cámara básica o elemental), para evitar que las señales físicas desaparezcan o que los locales sean manipulados. 3. Algunas recomendaciones respecto a las cámaras utilizadas: • Las cámaras de revelado instantáneo no son recomendadas, pues las fotos se borran con el tiempo. • Se preferirán fotografías profesionales que deberán ser tomadas en el momento en que pueda disponerse del necesario equipo. • En la medida de lo posible se tomarán fotos con cámaras de 35 milímetros y que señalen automáticamente la fecha. • La cadena de custodia de la película, los negativos y las impresiones se documentará en detalle.

4.3.5. Procedimiento a seguir en las investigaciones por delitos sexuales contra mujeres, niños y adolescentes

Generalmente en las violaciones a los Derechos Humanos y en las infracciones al Derecho Internacional Humanitario las primeras víctimas son las mujeres y los menores de dieciocho años. Muchos de ellos son reclutados de manera forzosa obligándolos a participar en las hostilidades, bien sea de manera activa o como colaboradores.

La investigación penal en las diferentes conductas que atentan contra la dignidad sexual son, por lo sensible difíciles de procesar, mientras que los atentados contra los adolescentes y los niños, por su sistematicidad y magnitud, se prueban circunstancialmente.

Con el fin de clarificar los elementos de cada conducta, así como el manejo de la investigación de las mismas, relacionamos en el siguiente cuadro las principales diferencias y similitudes, mostrando el delito en el Código Penal colombiano, esa conducta punible como violación de derechos humanos y ésta en referencia a las normas del DIH, especialmente como crímenes de guerra, según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

CUADRO 3

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: VIOLACIÓN	
Código Penal	**Artículo 205. Acceso carnal violento.** El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.
Principal elemento	**Artículo 212. Acceso carnal.** Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte.
DDHH	Convención sobre la Prevención y el Castigo del Genocidio 1948
Principal elemento	Causar daño sexual con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo racial, nacional, étnico o religioso. En el caso *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, en que se ha considerado una definición de la violación en el contexto de delitos de lesa humanidad.
DIH - Estatuto de Roma	Artículo 8 2) b) xxii)–1 del Estatuto de Roma
Principal elemento	Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: ACTO SEXUAL DIVERSO	
Código Penal	**Artículo 206. Acto sexual violento.** El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.
Principal elemento	Se debe entender que todo acto sexual diferente al acceso carnal puede entenderse como tocamientos libidinosos, resaltándose por ejemplo que lo que se sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales, se estaría en presencia de otro tipo penal.
DDHH	Convención sobre la prevención y el castigo del Genocidio 1948, Convención contra el maltrato a la mujer de Belem del Pará, Brasil 1994, Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.
Principal elemento	Es de entender que el principal postulado que protege los derechos humanos es lo que nosotros conocemos como el derecho *supra* que se conoce como dignidad humana, y que a través de los delitos sexuales como el acto sexual diverso puede vulnerar el bien jurídico tutelado que en este caso es la libertad sexual en concurso con el principio superior de la dignidad.
DIH - Estatuto de Roma	Estatuto de Roma, artículo 8 numerales k y j sobre los crímenes de guerra y violaciones al *IUS in BELLUM*, artículos comunes a los 4 Protocolos de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977.
Principal elemento	Los crímenes contra la humanidad de violencia sexual no se encontraban en el estatuto del tribunal militar internacional de Nüremberg, aunque pudieron incluirse en el tipo a través de la cláusula de analogía referida a otras acciones inhumanas. La violación encontró acogida en la Ley Nº 10 del Consejo de control aliado y también en los estatutos.

CUADRO 3 (cont...)

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR	
Código Penal	**Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.** El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.
Principal elemento	Se sanciona el comportamiento de la persona que se aprovecha de una serie de circunstancias del sujeto pasivo para accederlo carnalmente o realizar un acto sexual diferente. Este tipo pretende proteger la integridad sexual de las personas que por estar en estado de inconsciencia o de padecer trastorno mental o estar en incapacidad de resistir tienen derecho a mantenerse incólumes ante cualquier tipo de actividad sexual.
DDHH	Convención contra el genocidio de 1948, Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969.
Principal elemento	De nuevo lo importante a proteger dentro de la esfera de los derechos humanos es la dignidad humana, y en especial la dignidad de aquellas personas que por diversas situaciones pueden encontrarse en manifiesta debilidad y que, como resultado de esto, pierden temporal o absolutamente la capacidad de discernir y terminan aceptando una relación sexual o un acto sexual que vulnere su esfera jurídica.
DIH - Estatuto de Roma	Estatuto de Roma, artículo 7.1 literal g
Principal elemento	Se debe entender frente a este elemento que en los conflictos armados se pueden encontrar diversas situaciones en las cuales una fuerza armada domina una situación general de carácter coactivo de modo que, por lo general, no va a existir un verdadero consentimiento de la víctima.

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS	
Código Penal	**Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.** El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.
Principal elemento	El bien jurídico que se tutela es la formación e integridad sexual, por medio del cual se pretende tutelar al menor de 14 años para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo de sus etapas intelectiva, volitiva y afectiva.
DDHH	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2002. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños de 1989.
Principal elemento	Lo determinante a nivel internacional es la protección que se le da a los niños como sujetos especiales dentro del ordenamiento internacional y la concepción filantrópica de que estas personas están protegidas en su dignidad y formación sexual.
DIH - Estatuto de Roma	Art. 7 del Estatuto de la CPI, sentencia del 2 de septiembre de 1998 (Prosecutor Vs. Jean Paul Akeyesu), párrafo 598.
Principal elemento	La previsión de otras formas de abuso sexual se hace con un carácter de recogida, según los elementos de los crímenes, el autor debe ejecutar una acción sexual al menos contra una persona o hacer que ésta realice un acto sexual por la fuerza.

CUADRO 3 (cont...)

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN	
Código Penal	**Artículo 213. Inducción a la prostitución.** El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Principal elemento	En este tipo penal se vulnera el derecho a la libertad sexual, ya que si bien es cierto existe una actividad de persuasión de parte del sujeto activo, se mantiene incólume el derecho del sujeto pasivo para decidir si realiza los actos de prostitución, o de comercio carnal; es decir, es él quien finalmente toma la decisión de realizar los comportamientos, con lo cual existe un evento de falta de antijuridicidad material al no ponerse en peligro ni vulnerarse el bien jurídicamente protegido. En todo caso el legislador considera este evento como una intromisión en la libertad sexual de los individuos cuando se realiza con el ánimo de lucro o para satisfacer los deseos sexuales de otro.
DDHH	Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949.
Principal elemento	Acá se protege la libertad y voluntad de los sujetos de disponer de su cuerpo sin coerción alguna.
DIH - Estatuto de Roma	Artículo 27.2 del Convenio de Ginebra No. IV, artículo 75.2 literal b y artículo 76.1 del Protocolo Adicional I, así como el artículo 4.2 literal e) del protocolo adicional II de Ginebra.
Principal elemento	La prostitución es considerada desde antes del estatuto de CPI como un delito cuando ésta se realiza de manera forzosa y en contra de la voluntad de quien presta su cuerpo para el ejercicio de tal actividad.

Cuadro comparativo de delitos sexuales entre la Legislación Penal Colombiana, los Tratados de Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario Delito: CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN	
Código Penal	**Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución.** El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Principal elemento	Se sanciona en este tipo penal los comportamientos pendientes a promover o facilitar la lujuria ajena a través del constreñimiento, es decir nos referimos al caso específico en el cual una persona obliga o doblega a otra a realizar la actividad lujuriosa con otra, situación que de por sí es bastante reprochable.
DDHH	Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949.
Principal elemento	Protege como elemento jurídicamente tutelado la libertad sexual de las personas, así como su dignidad a la hora de realizar una actividad sexual en la que el libre albedrío es fundamental para determinar si existe o no deseo de lucrarse de tal actividad, o más bien existe un agente externo que presiona la situación que se consuma en la actividad legalmente prohibida.
DIH - Estatuto de Roma	Artículo 27.2 del Convenio de Ginebra No. IV, artículo 75.2 literal b) y artículo 76.1 del Protocolo Adicional I, así como el artículo 4.2 literal e) del Protocolo Adicional II de Ginebra. Sentencia del 22 de febrero de 2001 del Tribuna Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso KUNARAC et al., TC, Artículo 7.1 g) – 3 del estatuto de la CPI.
Principal elemento	La prohibición expresa de la prostitución forzada en una serie de textos de Derecho Internacional Humanitario se contemplaba ya desde hace tiempo. Como forma independiente de crimen contra la humanidad ha sido reconocido por primera vez en el Estatuto de Roma. El aspecto externo del hecho exige, según los elementos de los crímenes que el autor haya hecho, que una o más personas realicen actos de naturaleza sexual por la fuerza, mediante amenaza del uso de la fuerza o por coacción. Es necesario que el autor u otra persona obtenga o espere una ventaja económica o de otro tipo a cambio o en relación con esas actividades sexuales.

Además de los anteriores instrumentos internacionales, existe el denominado proyecto *The Missing* del Comité Internacional de la Cruz Roja[8], la Ley 589 de 2000, que en su artículo 8 crea la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas. En desarrollo de la mencionada ley se promulgó la Ley 971 de 2005, por medio de la cual "se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente".

En virtud de las anteriores leyes, en septiembre de 2006 la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas elaboró un Plan Nacional de Búsqueda, que a continuación se presenta, dirigido a todos los actores e intervinientes de las entidades públicas y judiciales como Procuraduría, Fiscalía y Judicatura, con el fin de darle un orden al rastreo e identificación de los desaparecidos.

4.3.6. Comparación con la legislación colombiana en la materia

Al respecto la Ley 906 de 2004, los manuales de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, le han señalado a los funcionarios de esta institución cómo se deben adelantar las diversas investigaciones penales, independientemente del delito y la gravedad de la conducta.

De igual manera, la Ley 734 de 2002 dispone la aplicación de las normas de carácter disciplinario dirigidas a los investigadores de la Procuraduría General de la Nación, y en general a los titulares de la acción disciplinaria.

Existe la Ley 971 de 2005, que regula todo el procedimiento de búsqueda de personas desaparecidas, complementadas por el Plan Nacional de Búsqueda.

Los anteriores son las órdenes de carácter interno, empero, los Protocolos de Minnesota y Estambul, así como la Resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 del Consejo Económico y Social, al hacer parte del denominado soft law o derecho blando, podrían considerarse, según el artículo 93 de la Constitución Política, como parte del bloque de constitucionalidad, por lo que el código procesal penal debería ser integrado a esta clase de normas.

Hasta la fecha esa afirmación puede quedar en el terreno del debate académico, que justamente debe permitir la comparación de las normas de investigación internas con referencia a los mencionados instrumentos internacionales.

[8] Disponible en: www.icrc.org

4.3.6.1 Plan Nacional de Búsqueda[9]

I) Consideraciones generales

Los principios que deben orientar los procesos de búsqueda son los de rigurosidad, competencia, exhaustividad, oportunidad e imparcialidad.

En el marco del respeto de la dignidad humana, los familiares[10] de las personas desaparecidas tienen derecho a recibir información sobre la suerte que han corrido sus seres queridos, a que se adelante una investigación eficaz y oportuna que permita la identificación, y a la sanción de los responsables. La situación de conflicto armado no debe obviar la aplicación de una estrategia eficaz para la búsqueda de personas desaparecidas.

El Estado deberá contar con una agencia especializada que garantice la ejecución del plan de búsqueda con funciones en materia de información, atención y orientación a las víctimas y sus familiares, y coordinación de las entidades comprometidas.

Para una primera fase se propone el fortalecimiento de la Presidencia y Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Búsqueda (CNB).

Es deseable que la Fiscalía General de la Nación cuente con fiscales dedicados a la investigación e impulso de los mecanismos de búsqueda urgente de personas desaparecidas, y se cuente con un grupo especializado del CTI para apoyar las investigaciones judiciales y los mecanismos de búsqueda que adelanten jueces o fiscales.

El Estado debe garantizar en la CNB mecanismos de apoyo a los familiares de las víctimas de la desaparición forzada, como parte integral del plan de búsqueda y en relación con las particularidades de cada contexto sociocultural.

[9] Texto completo y original disponible en http://www.derechoshumanos.gov.co/principal/documentos/plannacionalbusqueda.pdf. El presente texto ha contado con los siguientes insumos: Propuesta de EQUITAS presentada por la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas que consideró diferente para la elaboración del Plan el Proyecto "The Missing" del Comité Internacional de la Cruz Roja; la legislación nacional vigente (artículo 12 de la Constitución Política, Ley 589 de 2000, Leyes 971 y 975 de 2005); Manual de Naciones Unidas para la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (Protocolo de Minnesota de 1991) y el Manual de Naciones Unidas para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penal crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul de 1999).

[10] El término "familiares" alude a aquellas personas interesadas en la búsqueda del desaparecido, tengan o no nexos de consanguinidad con éste.

II) Estrategia de Búsqueda

El plan nacional que se plantea tiene como objetivo principal encontrar con vida a las personas desaparecidas o entregar los cadáveres a sus familiares para que puedan desarrollar su proceso de duelo según sus costumbres y creencias. Para ello se diseñarán estrategias regionales, dadas las especificidades de la conducta de los perpetradores en las distintas zonas del país.

Los procesos de búsqueda en personas desaparecidas son especialmente complejos, por lo tanto se requiere de una estrategia integral a corto, mediano y largo plazo que demanda un esfuerzo interinstitucional y multidisciplinario.

La planeación de un proceso de búsqueda debe responder tres (3) preguntas fundamentales que se interrelacionan:

A) ¿Quiénes están desaparecidos?
B) ¿Dónde pueden estar?
C) ¿Qué les sucedió?

Las respuestas que se obtengan permitirán ahondar en la idea de la desaparición forzada como un fenómeno sistemático y generalizado, ubicar el paradero de los desaparecidos e identificarlos, conocer las circunstancias que rodearon su desaparición y el contexto socio-político en el cual ocurrieron, determinar posibles autores, patrones de actuación criminal, motivaciones delictivas y participación de servidores públicos.

Se considera que la realización de una experiencia piloto de carácter regional para el desarrollo del plan nacional de búsqueda aportará útiles experiencias en pro de la posterior réplica a nivel nacional.

III) Fases del Plan Nacional de Búsqueda

El plan nacional se implementará en cuatro fases, con las siguientes actividades y responsables:

NOTA: Las familias y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) participarán en todas la fases, a menos que exista expresa prohibición legal. Esta participación incluye la asistencia y acompañamiento de expertos y peritos independientes.

CUADRO 4

1. Recolección de información: consiste en la compilación y documentación de la información indispensable para garantizar la eficacia de las acciones de búsqueda de las personas desaparecidas	
Actividades	Responsables
1.1 Emplear el registro nacional de Desaparecidos como herramienta ínter institucional unificada para procesar la información sobre personas desaparecidas. En caso de que la herramienta sistematizada no éste disponible, y con el fin de garantizar una búsqueda organizada y coordinada, la primera autoridad pública que tenga noticia del caso, deberá diligenciar el Formato Nacional para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y enviará una copia a la Fiscalía General de la Nación.	Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF[11]) Alimentación: Todas las entidades de la CNB, así como la Registraduría Nacional del Estado Civil, el INPEC, el DANE, el Ministerio de la protección Social y las entidades con funciones de policía judicial[12].
1.2. Consultar fuentes disponibles tales como: 1.2.1 Sistemas de información estatales y gubernamentales que si bien no aluden específicamente a la desaparición forzada, pueden aportar elementos de juicio para el análisis de esta. 1.2.2 Información de organizaciones no gubernamentales y otras de la sociedad civil, religiosas, humanitarias, nacionales e internacionales.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

[11] Artículo 9° de la Ley 589 de 2000: "El Registro Nacional de Desaparecidos será coordinado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y funcionará en su sede".
[12] Decreto 4218 de 2005 reglamentario del artículo 9 de la Ley 589 de 2005.

CUADRO 4 (cont...)

1. Recolección de información: consiste en la compilación y documentación de la información indispensable para garantizar la eficacia de las acciones de búsqueda de las personas desaparecidas	
Actividades	Responsables
1.2.3 Archivos históricos, de prensa escrita del nivel local, regional, nacional o internacional, emisiones radiales y de televisión.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
1.2.4 Otras publicaciones académicas o profesionales	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
1.2.5 Información adicional (testimonios, declaraciones y memoria colectiva).	DEFENSORÍA DEL PUEBLO, PROCURADURÍA
1.2.6 Información documental, testimonial y de campo hospitales, cementerios, cárceles, establecimientos penitenciarios y enterramientos clandestinos.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
1.2.7 Registros de cadáveres sin identificar inhumanos en los cementerios[13].	INMLCF
1.2.8 Registros oficiales de personas detenidas o capturadas[14].	INPEC
1.2.9 Información proveniente de gobiernos extranjeros y empresas multinacionales	TODAS LAS ENTIDADES
1.3 Consultar fuentes alternas (arqueológicas, mapas, aerofotografía, fotografía satelital, entre otras).	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
1.4 Consultar información de contexto sociopolítico	TODAS LAS ENTIDADES

2. Búsqueda o análisis de la información: Consiste en la implementación de acciones para ubicar a las personas desaparecidas, vivas o muertas, con fines humanitarios y judiciales	
Actividades	**Responsables**
2.1 Activar el Mecanismo de Búsqueda Urgente de Personas desaparecidas por parte de las autoridades judiciales[15].	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, JUECES, CNB, TODAS LAS ENTIDADES
2.2 Determinar si se realizaron diligencias de exhumación levantamiento, búsqueda urgente u otras tendencias a lograr la ubicación de la persona o personas.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PROCURADURÍA
2.3 Cruzar los datos de los sistemas de información existentes (manuales o automatizados) para estimar el universo general de personas desaparecidas en la región y realizar análisis de tendencias.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INMLCF
2.4 Solicitar a las entidades responsables del manejo de los sistemas de información mencionadas, que retroalimenten y actualicen periódicamente estos registros con la información sobre el hallazgo de personas vivas o muertas para reducir el universo de búsqueda descartando las personas encontradas y / o identificadas[16].	

[13] Citar la norma exacta.

[14] Artículo 12 de la Ley 589 de 2000.

[15] Artículo 13 de la Ley 589 de 2005 y Manual de Policía Judicial. División de Tanatología. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. 2003.

[16] Artículo 256, Cap. II del CPP. *Búsqueda selectiva en bases de datos*. Ver también artículos 9 y 10, Cap. V, Decreto 4218 de 2005, "Consulta y divulgación del Registro Nacional de Desaparecidos".

CUADRO 4 (cont...)

2. Búsqueda o análisis de la información: Consiste en la implementación de acciones para ubicar a las personas desaparecidas, vivas o muertas, con fines humanitarios y judiciales (cont.)	
Actividades	**Responsables**
2.5 Analizar y cotejar continuamente la información disponible con otras fuentes (testimonios, declaraciones, denuncias y confesiones) y líneas de evidencias.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PROCURADURÍA
2.6 Diseñar metodologías aplicables en que los casos en que la persona se encuentre desaparecida o haya fallecido, tendiente a determinar los siguientes aspectos: • Número de victimas • Posibles estado del cuerpo (descompuesto, esqueletizado, desmembrado, incinerado, etc.) • Lugar de hallazgo (río, abismo, pozo, cuevas, lagos) • Tipo de entierro (fosa individual, colectiva, primaria, secundaria).	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
2.7 Planear un prospección de campo para obtener toda la información posible sobre condiciones físicas y ambientales del área donde pueda encontrarse el cuerpo, y el tipo de enterramiento, se recomienda la: • Identificación espacio temporal de los sitios probables. • Prospección visual y arqueológica de lugares donde se sospecha se encuentra los cuerpos. • Interpretación de aerofotografía. • Prospección utilizando métodos geofísicos y magnéticos (georadares, magnetómetros, detectores de metal).	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
2.8 Planear la exhumación teniendo en cuenta los siguientes parámetros:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
• Determinar el personal experto y logístico necesario, así como los recursos, materiales, equipos de trabajo y la infraestructura necesaria.	
• Diseñar una programación de actividades, y planes de contingencia.	
• Diseñar un plan de seguridad que incluya los riesgos de terreno, las condiciones sanitarias, la vigilancia y protección para el equipo forense considerando la situación del orden público.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA
• Diseñar la cadena de custodia para todas las actividades de campo donde eventualmente se puedan recuperar restos humanos y evidencias.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INMLCF
• Diseñar un plan de acompañamiento a las familias en los procesos de exhumación, contando el apoyo de organizaciones locales, comunitarias, religiosas, organismos internacionales (p.ej. Naciones Unidas, Comité Internacional de la Cruz Roja), organizaciones no gubernamentales especializadas, tanto nacionales como internacionales o extranjeras y de centros académicos con conocimiento y experiencia en estos temas. Este plan debe incluir las solicitudes, expectativas y posibilidades que expresen las familias.	Lidera CNB, con participación de FISCALÍA, DEFENSORÍA, PROCURADURÍA
2.9 Contactar a las familias para la obtención de información complementaria de la persona buscada.	CNB, DEFENSORÍA
2.10 Implementaran metodologías para casos de emergencia[17], bajo los siguientes criterios: • Inminencia en la alteración y destrucción de cuerpos y tumbas por parte de terceros. • Capacidad desbordada de las autoridades locales para atender la magnitud del evento. • Espacios y tiempos de acciones limitadas. • Gran cantidad de víctimas.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INMLCF, PROCURADURÍA, DEFENSORÍA, MIN. DEFENSA

[17] Comité Internacional de la Cruz Roja. *Operational best practices regarding the management of human remains and information on the death by non-specialists (for armed forces and hunanitarian organizations)*, Noviembre 2004. Ver también de esta misma institución *Human Remains and Forensic Sciences Electronic Workshop, ICDC/The Missing/10.2002/EN/3*, particularmente la sección "Human remains: Management of remains and information on the dead". Ver también *Manejo de cadáveres en situaciones de desastre* (Serie de Manuales y Guías sobre Desastres No. 5), Washington D.C., Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, 2004.

CUADRO 4 (cont...)

2. Búsqueda o análisis de la información: Consiste en la implementación de acciones para ubicar a las personas desaparecidas, vivas o muertas, con fines humanitarios y judiciales (cont.)	
Actividades	**Responsables**
• Universos de búsqueda variables (cerrados y abiertos), • Necesidades urgentes de familias (materiales, legales y psicológicas). • Establecer rápida y objetivamente la realidad de los hechos. Que contemple las siguentes etapas: 2.10.1 Presentación de un plan y equipo para atención de emergencias. a. Recurso humano técnico especializado (antropólogos, patólogos, odontólogos, personal de criminalística). b. Recurso humano de apoyo (psicólogos, trabajadores sociales) c. Recursos financieros, recursos logísticos y materiales. d. Identificar los posibles escenarios de emergencia e instituciones y funcionarios clave para una respuesta administrativa inmediata. e. Difusión amplia del plan. f. Realizar simulacros y ejercicios de entrenamiento. 2.10.2. Manejo del sitio como escena criminal (cementerios, fosas). a. Documentación de los hechos. b. Estimativo del número de víctimas. c. Acceso a la escena. d. Tiempo estimado de recuperación. e. Estado de los cuerpos y presuntas identidades. f. Condiciones ambientales y metereológicas. g. Protocolo de cadena de custodia. 2.10.3. Creación de una morgue temporal en campo. a. Procesamiento inicial de restos humanos para documentación (radiografía y fotografía, antropología). b. Procesamiento de evidencias y objetos asociados. c. Colección de datos post mortem. d. Estudios de patología, antropología, odontología, dactiloscopia. e. Toma de muestras para estudios adicionales. 2.10.4. Creación de un centro de asistencia a familias. a. Recolección de datos ante mortem, e información de contexto. b. Brindar asistencia psicosocial. c. Brindar y recibir información oportuna sobre el proceso. d. Creación de centros para el cruce de los datos. e. Cotejo de datos ante mortem y post mortem. f. Identificación preliminar de restos. 2.10.5. Depósito temporal bajo cadena de custodia de restos no identificados. a. Crear secciones específicas dentro de unidades regionales de Medicina Legal o Fiscalía para casos de personas desaparecidas halladas fallecidas. b. Implementación de una cadena de custodia tanto de muestras como de información. c. Documentación y cruce de datos detallado y práctica de análisis especializados, de acuerdo a información obtenida en la zona sobre desaparecidos.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INMLCF, PROCURADURÍA, DEFENSORÍA, MIN. DEFENSA

CUADRO 4 (cont...)

3. Recuperación: Realizar actividades que conduzcan a encontrar a las personas desaparecidas	
Actividades	**Responsables**
3.1. Desaparecido encontrado vivo:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACION, JUECES, CNB, MIN. DEFENSA
3.1.1 Cuando se logra establecer que la persona se halla en poder de particulares o en un sitio diferente a una dependencia pública. En este caso, la autoridad judicial debe dar aviso a la Fuerza Pública y a los organismos con facultades de policía judicial para que procedan a la liberación. De la misma manera, debe dirigir personalmente la liberación, disponer lo necesario para que se inicien las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes. Coordinar con la CNB, con el fin de recibir el apoyo psicosocial, médico legal, jurídico, entre otros.	
3.1.2 Cuando la persona es hallada privada de la libertad por autoridad pública. Si la persona es hallada ilegalmente privada de la libertad por autoridades públicas el funcionario judicial tiene la obligación de disponer su liberación inmediata y coordinar con la CNB, con el fin de recibir el apoyo psicosocial, médico legal, jurídico, entre otros. Si la liberación no es procedente, la persona debe ser puesta a disposición de las autoridades competentes, ordenando adicionalmente su inmediato traslado al centro de reclusión más cercano. De ser procedente el funcionario judicial.	FISCAL O JUEZ
3.2. Desaparecido encontrado sin vida:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
3.2.1 Cuando el cadáver es hallado en campo abierto 3.2.1.1 Manejo de la escena del crimen, acorde a los protocolos establecidos y conservando la cadena de custodia. 3.2.1.2 Realización de la necropsia médico legal o análisis de restos óseos que incluirá las ayudas diagnósticas necesarias (radiografías, biopsias, entre otros), que permitan establecer causa, mecanismo y manera de muerte, así como lesiones patrón.	
3.2.1.3 Identificación del cadáver, según el estado del mismo se utilizara el cotejo dactiloscópico, odontoscópico, antropológico o genético.	INMLCF
3.2.2 Cuando el cadáver es hallado en fosas clandestinas y cementerios	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INMLCF
3.2.2.1 Convocar a los equipos forenses, especialistas de apoyo y a las organizaciones que acompañarán el proceso a nivel científico y psicosocial.	
3.2.2.3 Ejecución de actividades de campo, siguiendo los parámetros técnicos de la arquitectura forense: • Búsqueda superficial en terreno. • Aseguramiento de zonas de excavación. • Ubicación y geo-referenciación de sitios donde se encuentran los restos y evidencias. • Documentar y registrar todos los hallazgos y evidencias de forma escrita (diario de campo), visual (fotografías, videos, topográfico y cartográfico). • Exponer la evidencia (decapotaje, drenaje, desyerbar, tamizar, extraer, etc.) y donde sea necesario extender cuadrícula para efectos de mapeo. • Fijación y recuperación de la evidencia, conservando la cadena de custodia. • Clasificación, rotulación y embalaje de la evidencia y su debido inventario (fecha, hora, responsable). • Escribir un acta de levantamiento.	CNB CON PARTICIPACIÓN DE DEFENSORÍA, PROCURADURÍA

CUADRO 4 (cont...)

3. Recuperación: Realizar actividades que conduzcan a encontrar a las personas desaparecidas	
Actividades	**Responsables**
3.2.2.4. Ejecutar el transporte y depósito temporal o definitivo de restos y evidencias para su estudio[18], haciendo entrega del material y los reportes correspondientes al Instituto de Medicina Legal.	FISCALÍA GENERAL DE LA NACION MIN. DEFENSA
3.2.2.5. Coordinar una comunicación constante y fluida con las familias y las organizaciones acompañantes sobre todos los procesos realizados.	CNB con participación de DEFENSORÍA, PROCURADURÍA, FISCALÍA

4. Análisis e identificación: Facilitar las labores de laboratorio para acelerar el proceso de devolución de restos a familias	
Actividades	**Responsables**
4.1 Recepción y confirmación del inventario de restos humanos y evidencias asociadas, siguiendo la cadena de custodia.	INMLCF
4.2 Proteger los datos personales e información obtenida de la exhumación cumpliendo los parámetros de cadena de custodia para procesos judiciales posteriores (sistematización y archivo de la información).	
4.3 Preparación de los restos para análisis (limpieza, organización).	
4.4 Adelantar procedimientos de análisis e identificación de restos y evidencia asociada según parámetros forenses científicos estandarizados a nivel nacional e internacional[19] que incluyen la veeduría independiente en todos los procesos forenses de laboratorio de:	
4.4.1 De ser posible, realizar un reconocimiento visual de los restos, por parte de los familiares para orientar la identificación.	
4.4.2 Examinar exhaustivamente los restos (examen interno y externo, estudio antropológico[20], radiológico, odontológico, patológico).	
4.4.3 Cotejar los datos ante y post mortem utilizando las técnicas disponibles y adecuadas al contexto, incluyendo las evidencias asociadas (prendas, objetos personales).	
4.4.4 Establecer y documentar causa y manera de muerte.	
4.5 Practicar otras pruebas especializadas y complementarias para la identificación (genética) y para establecer causa y manera de muerte (balística, entomología, botánica, biología, entre otros), de ser necesario[21].	
4.6 Producir y entregar de reportes a las autoridades judiciales y a las familias y sus representantes legales de manera completa, veraz, eficiente y oportuna.	CNB con apoyo de DEFENSORÍA, PROCURADURÍA, INMLCF

[18] De acuerdo al CPP, se dan pautas para el manejo de la evidencia y la cadena de custodia desde la escena criminal. En el artículo 227, claramente se establece que las diferentes autoridades de policía judicial están obligadas a guardar dichas pautas y enviar todo material biológico y demás evidencias al Instituto de Medicina Legal para su estudio.

[19] Artículo 214 del CPP. Ver también Comité Internacional de la Cruz Roja. Proyecto *The Missing, Prácticas operacionales idóneas en relación con el tratamiento de los restos humanos y la información de fallecidos*. Estas prácticas están basadas en el Protocolo de Minnesota de 1991 (Protocolo de autopsias y análisis de restos óseos) y Protocolo de Autopsia ded la INTERPOL.

[20] A pesar de que la legislación colombiana solo contempla como identificaciones positivas las realizadas por genética, odontología y dactiloscopia, a nivel internacional e inlusive en el Protocolo de Minnesota de 1991, se reconoce que el análisis antropológico forense puede llevar a identificaciones positivas.

[21] Los estudios genéticos de identificación solo se deben intentar cuando otros procedimientos se han agotado. Sin embargo muestras biológicas tanto de familiares y de cuerpos pueden tomarse para ser almacenadas sin necesidad de desarrollar análisis. "The Missing Project: Action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed confict or internal violence and to assit their families". *General recommendations on the use of DNA analysis involving missing persons*. ICRC/TheMissing/10.2002/EN/3.

CUADRO 4 (cont...)

4. Análisis e identificación: Facilitar las labores de laboratorio para acelerar el proceso de devolución de restos a familias	
Actividades	**Responsables**
4.7 En caso de lograr una identificación positiva, devolver los restos a los familiares para que se celebren conmemoraciones y funerales individuales o colectivos y para que adelante procesos judiciales	INMLCF
4.8 En caso de que no se logre una identificación positiva, la información post mortem debe quedar debidamente registrada para su rápida localización en un registro unificado de cadáveres no identificados[22].	INMLCF, FISCALÍA
4.9 Garantizar que los restos no identificados se entierren dignamente, en condiciones de eficiente localización y clasificación. Esto implica un dispositivo individual[23] ya sea en una fosa o bóveda de un cementerio municipal.	INMLCF, FISCALÍA, DEFENSORÍA, PROCURADURÍA

4.4. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 1

A) Con base en lo leído, responda las siguientes preguntas:

1) Según los Protocolos de Minnesota y Estambul, ¿cómo investigaría en su calidad de servidora o servidor público un delito sexual?
2) Según los Protocolos de Minnesota y de Estambul, ¿cuáles son los pasos para investigar las violaciones a los DDHH? Se sugiere realizar un mapa conceptual.
3) Analizando los Protocolos del presente documento, en su opinión, ¿cuáles procedimientos o estándares están establecidos en la Ley 906 de 2004?

B) Estudie y analice los siguientes casos:

I. Caso Gutiérrez Soler contra Colombia - Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1) El día 24 de agosto de 1994, en Bogotá D.C., el señor Gutiérrez Soler fue aprehendido por el Coronel de la Policía Luis Gonzaga Barón y su primo el señor Ricardo Dalel Barón.
2) Posteriormente al señor Soler lo llevaron a un sótano en donde fue objeto de toda clase de vejámenes y tratos crueles e inhumanos con el único fin de que confesara que había cometido el delito de extorsión.
3) Para simular que al señor Soler se le habían garantizado sus derechos fundamentales constitucionales, se le nombró una religiosa para que estuviera presente en las actuaciones ilegales. No contó con la presencia de un abogado defensor o representante legal, con todas las garantías constitucionales.
4) Con posterioridad a haber sido torturado, se le dijo por parte de la Oficina Permanente de Derechos Humanos que para que su vida no estuviera en peligro, asintiera a todo lo que se le preguntara, razón por la que el señor Soler no tuvo otra alternativa que rendir declaración en versión libre sobre los hechos imputados.

a) Con base en estos hechos y según los Protocolos internacionales analizados ¿cómo adelantaría usted la investigación y cómo el juzgamiento?
b) Con base en estos hechos y según la Ley 906 de 2004, ¿cómo realizaría la investigación y el juzgamiento penal?

c) En caso de que existieran presiones sobre el caso, por ejemplo, para obtener prescripciones o vencimientos de términos, ¿cómo manejaría el caso?

[22] Ley 589 de 2000, Art. 9°, numeral 3. *Relación de cadáveres, restos exhumados o inhumados de personas no identificadas, con la indicación del lugar y fecha de hallazgo, condiciones, características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación.*

[23] Reglamentación de cementerios y funerarias, Decreto No. 591 de 1991. *Manejo de cadáveres en situación de desastre* (Serie de Manuales y Guías sobre Desastres No. 5), Washington D.C., Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, 2004.

II. Caso Furundzija "Valle Lasva" - Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia[11]:

1) La Sala de Primera Instancia encontró que Anto Furundzija era comandante de los "Jokers", una unidad especial del Consejo de Defensa Croata. Furundzija era un combatiente activo y estaba involucrado en hostilidades en contra de la comunidad musulmana en el área del Valle Lasva.
2) Furundzija fue encontrado responsable por la Sala de Primera Instancia, entre otros, por el cargo de tortura. Los cargos se basaron en los hechos ocurridos en un salón grande y en una despensa de un hostal vacacional, correspondiente a las oficinas de los "Jokers", en Nadioci, a mediados de 1993.
3) La Sala de Primera Instancia logró comprobar que Furundzija interrogó a la testigo A en el salón grande, mientras ésta se encontraba completamente desnuda. La intención de Furundzija, así como de otro miembro de los "Jokers" (acusado B) –presente en el mismo salón–, era obtener información que ellos creían beneficiaría al Consejo de Defensa Croata. Ambos interrogaron a la testigo A sobre las actividades desempeñadas por miembros de su familia y otros conocidos, sobre su relación con ciertos soldados del Consejo de Defensa Croata, sobre detalles acerca de su supuesta vinculación con el ejército de Bosnia y Herzegovina.
4) La Sala de Primera Instancia encontró que mientras la testigo A era interrogada, el acusado B frotaba un cuchillo contra sus partes íntimas y amenazaba con cortarla si no respondía con la verdad frente a lo que estaba siendo interrogada.
5) La segunda fase del interrogatorio a la testigo A se llevó a cabo por Furundzija en una despensa del hostal vacacional. Mientras era interrogada, fue golpeada en sus pies por el acusado B con un bastón, y atacada físicamente mientras seguía desnuda, al frente de un grupo de soldados. Después de que el acusado B la violó, Furundzija continuó con el interrogatorio de la misma forma en que lo había realizado en el salón grande. A medida que el interrogatorio se intensificaba, también se intensificaban las agresiones sexuales y la violación. La intención de Furundzija era obtener información de la testigo A, causando graves sufrimientos físicos y mentales.
6) La Sala de Primera Instancia encontró a Furundzija culpable de tortura como coautor por no impedir los ataques que su subordinado, el acusado B, cometió en contra de la testigo A.

Teniendo en cuenta los hechos:

a) Determine cuál de los protocolos internacionales estudiados debe aplicarse para realizar las investigaciones en este caso.

b) De acuerdo con el Protocolo Internacional que debe ser aplicado para la investigación de este caso, responda:

- ¿Qué clase de pruebas serían las más apropiadas para investigar la tortura en este caso?
- ¿Cómo llevaría a cabo una entrevista a la víctima (testigo A) que garantice que la información obtenida sea efectiva y acorde a las condiciones y garantías establecidas en el Protocolo?
- ¿En qué casos protegería la identidad de la víctima y de otros testigos? ¿Cómo lo haría?
- Si la víctima u otros testigos no hablan español, ¿qué criterios utilizaría para escoger un intérprete?
- ¿Cómo se aseguraría de que el intérprete está siendo objetivo, no está influyendo a la víctima o testigo y está trasmitiendo la información correcta en ambos sentidos (la pregunta hecha por usted y la respuesta dada por la víctima/testigo)?
- ¿Qué importancia tiene el lugar donde ocurrieron los hechos para la investigación?
- ¿Qué medidas tomaría para inspeccionar el lugar donde ocurrieron los hechos?

[24] Furundzija (IT-91-17/1). Tomado de la página oficial del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (traducción no oficial). Disponible en: http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm

5. UNIDAD 2

Consecuencias del incumplimiento de los estándares normativos internacionales relacionados con la investigación de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario

5.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 2

Analizar las consecuencias de la inactividad del Estado o de los particulares frente a violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 2

- Estudiar la responsabilidad penal individual internacional derivada de la omisión en materia de investigación de infracciones al DIH.
- Analizar la responsabilidad de los Estados por su inactividad frente a violaciones de DDHH.
- Revisar la jurisprudencia internacional por omisión del Estado en materia de DDHH.

5.3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES NORMATIVOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Aquí necesariamente debe hacerse la división entre el incumplimiento que genera una responsabilidad por violación de derechos humanos, que hacen especial referencia a la responsabilidad estatal, que en el caso colombiano está circunscrita al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mientras que la omisión por violación a normas del Derecho Internacional Humanitario recaen en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo.

Hemos considerado pertinente citar el artículo publicado por María Clara Galvis[25] y Katya Salazar[26], que es de gran utilidad para entender la responsabilidad que le atañe al Estado por incumplir con los estándares internacionales sobre investigaciones de derechos humanos.

5.3.1. La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de Derechos Humanos por tribunales nacionales[27]

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe una obligación estatal de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, que se cumple mediante un proceso penal, en el que se deben investigar los hechos alegados, identificar y procesar a los responsables e imponerles una sanción, de ser el caso[28]. Esta obligación emana principalmente de una de las fuentes primarias del derecho internacional, como son los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales vinculantes para los Estados. Su contenido y alcance han sido fijados por los órganos internacionales –universales y regionales– de protección de derechos humanos. En esta unidad queremos presentar, por una parte, los aspectos normativos, de fuente convencional, universal y regional, que dan fundamento a esta obligación estatal, y por otra parte algunos desarrollos jurisprudenciales, especialmente en el ámbito regional interamericano, que dan contenido a esta obligación.

5.3.2. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos está establecida en los tratados generales de protección de derechos humanos

Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto) como en la Convención

[25] Abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –CEJIL–.

[26] Directora de Programas de la Fundación para el Debido Proceso Legal.

[27] Artículo disponible en: http://www.dplf.org/index.php?c_ID=168. Fundación para el debido proceso legal.

[28] Al respecto existe una muy amplia bibliografía que se ha venido retroalimentando con el desarrollo de la jurisdicción universal y el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Dada la imposibilidad de hacer una enumeración exhaustiva de esta extensa bibliografía, sugerimos la consulta de algunas de las obras pioneras en esta discusión: ROHT-ARRIAZA, Naomi, Impunity and Human Rights in International Law and Practice, New York-Oxford, 1995, MÉNDEZ, Juan, Accountability for Past Abuses, in Human Rights Quarterly, Vol. 19 (1997), Washington D.C. pp. 255-282 y AMBOS, Kai, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Buenos Aires, 1999. En esta línea, no podemos dejar de mencionar el artículo de ORENTLICHER, Diane. "Setting accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", en: The Yale Law Journal, vol. 100, Nº 8, junio 1991, pp. 2537-2615.

Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana), la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos hace parte de las obligaciones de respetar y garantizar, y del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en dichos tratados.

De acuerdo con el artículo 2.1 del Pacto Internacional[29] y el artículo 1.1 de la Convención Americana[30], los Estados Parte se obligan a respetar y garantizar todos los derechos y libertades contenidos en el Pacto y en la Convención. Mientras que la obligación de respeto implica límites a la actuación de los órganos y agentes del Estado, que se derivan del contenido de los derechos protegidos por dichos tratados, la obligación de garantía supone que los Estados tienen el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción o discriminación.

El contenido de la obligación de garantía ha sido interpretado por la Corte Interamericana, desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de la siguiente manera:

> *La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*[31].

Posteriormente, sobre la obligación de investigar, entendida como una concreción de la obligación de garantía, el Alto Tribunal Interamericano ha señalado que:

> *La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. […] De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado*[32].

En el mismo sentido, ha señalado que:

> *La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado*

[29] El artículo 2.1 del Pacto dice: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[30] El artículo 2.1 de la Convención Americana señala: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Velásquez Rodríguez contra. Honduras". Sentencia sobre fondo de 29 de julio de 1988. Serie C, Nº 4, párrafo 166. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia". Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de 31 de enero de 2006. Serie C, Nº 140, párrafo 142. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción[33].

Recientemente, la Corte puntualizó que "*[e]n los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables*"[34].

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, el Comité) ha señalado, en sus *Observaciones Generales*, que los Estados Parte del Pacto tienen la obligación de procesar a los responsables de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas. Al igual que la Corte Interamericana, el Comité determinó que esas obligaciones específicas forman parte de la obligación general de garantizar los derechos protegidos por el Pacto. Así, en su *Observación General* 20 al artículo 7[35] del Pacto, el Comité observó que:

[N]o basta con prohibir ese trato o castigo [la tortura] o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción. [...] Serán considerados responsables quienes violen el artículo 7, ya sea alentando, ordenando o perpetrando actos prohibidos. [...] El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Partes deberán indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada. El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. Los informes de los Estados Partes deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas[36].

Con relación a las ejecuciones extrajudiciales y a la desaparición forzada, el Comité de Derechos Humanos llegó a las mismas conclusiones[37].

Los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[38] señalan, igualmente, que la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos contiene, entre otros, el deber de investigar las violaciones de esos derechos y tomar medidas contra los responsables. En este sentido, los principios y directrices establecen que:

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales

[33] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile". Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nº 154, párrafo 110.

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La Cantuta contra Perú". Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No 162, párrafo 160.

[35] El artículo 7 del Pacto señala: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

[36] Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, "Comentario General 20, 1992", Doc. CCPR 10/04/92, párrafos 8, 13 y 14.

[37] Con relación a la ejecución extrajudicial, ver el caso John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman y Edmund Alexander Hoost vs. Suriname, Comunicación Nº 146/1983 y 148-154/1983 (4 april 1985), U.N. Doc. A/40/40 (1985). Con relación a la desaparición forzada ver el caso Eduardo Bleier vs. Uruguay, Comunicación Nº R.7/30, U.N. Doc A/37/40 (1982).

[38] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005. "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables[39].

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, expresó el carácter de la obligación estatal de investigar, de la siguiente manera:

> *Cuando se aleguen violaciones del derecho a la vida, los gobiernos están obligados bajo el derecho internacional a llevar a cabo investigaciones exhaustivas e imparciales, llevar a los tribunales y castigar a sus autores, otorgar una compensación a las víctimas o sus familiares y tomar las medidas necesarias para evitar que estos hechos se repitan en el futuro. Los primeros dos componentes de esta cuádruple obligación constituyen en sí mismas la medida más efectiva para prevenir violaciones de derechos humanos [...] Dar una compensación presupone cumplir con la obligación de investigar los hechos con la finalidad de identificar y juzgar a los responsables. Una compensación financiera o de otro tipo otorgada a las víctimas o sus familias antes de que esa investigación se haya iniciado o haya concluido, no disculpa al gobierno de cumplir esa obligación* (la traducción es nuestra)[40].

5.3.3. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos está establecida en los tratados especiales de protección de Derechos Humanos

En el ámbito regional, la obligación de investigar hace parte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[41]. Con relación a la investigación y juzgamiento, la Convención establece que cuando el presunto responsable de una desaparición forzada está en el territorio de un Estado Parte y éste no conceda la extradición, "*someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de la investigación y, cuando corresponda, de proceso penal*"[42].

En el sistema universal la obligación de investigar las desapariciones forzadas está consagrada en la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*[43].

El artículo 14 de esta declaración señala, expresamente, que los presuntos autores "*deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes [...] a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio*"; juicio que, de acuerdo con esta misma declaración, deberá ser realizado ante la justicia común y no militar.

En lo relativo a la tortura, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*[44] establece claramente la obligación de los Estados de investigar estos hechos, procesar a los responsables y compensar a las víctimas. Con relación a la investigación y juzgamiento de la tortura, la Convención establece que todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre un presunto responsable de actos de tortura "*procederá a la detención de dicha persona […] a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición*"[45]. Si por cualquier razón no procediera la extradición, el Estado Parte "*someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento*"[46].

En el ámbito regional, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*[47] es más enfática, pues señala que "*cuando exista una denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción los Estados partes garantizarán*

[39] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Cit. artículo 4.

[40] REPORT BY THE SPECIAL RAPPORTEUR, MR. BACRE WALY NDIAYE, SUBMITTED PURSUANT TO COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Resolution 1993/71, inc. 688 y 711, Doc. U.N. E/CN.4/1994/7 del 7 de diciembre de 1993, "Question of the violation of human rights and fundamental freedoms, in any part of the world, with particular reference to colonial and other dependent countries and territories. Extrajudicial, summary or arbitrary executions".

[41] Ratificada por el Estado peruano el 13 de febrero de 2002.

[42] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo VI.

[43] Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/RES/47/133, aprobado el 18 de diciembre de 1992.

[44] Ratificada por el Estado peruano el 7 de julio de 1988.

[45] Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 6.1.

[46] Ídem, artículo 7.1.

[47] Ratificada por el Estado peruano el 28 de marzo de 1991.

que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal"[48].

Señala, igualmente, que "*[c]uando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional*"[49].

Con relación a las ejecuciones arbitrarias, si bien no existen tratados de alcance universal o regional como los mencionados en materia de desaparición forzada y tortura, a efectos de precisar la obligación de investigar estos hechos, resultan de aplicación los *Principios para una efectiva prevención e investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*[50].

Estos principios señalan expresamente la obligación de los Estados parte de juzgar a los responsables de estos hechos: "*Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas*"[51].

5.3.4. La responsabilidad internacional es del Estado en su conjunto, y cualquiera de sus órganos puede generarla

El incumplimiento de las obligaciones adquiridas al ratificar y/o adherir a instrumentos internacionales hacen surgir la responsabilidad internacional del Estado, en su conjunto, como sujeto de derecho internacional.

En palabras del juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez,

> *[E]l Estado viene a cuentas [ante la Corte] en forma integral, como un todo. […] la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad*[52].

La responsabilidad internacional del Estado puede ser generada por cualquiera de sus órganos. En este sentido, la Corte Interamericana ha recordado "*que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*"[53].

5.3.5. Los órganos judiciales de un Estado tienen un rol central en el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de Derechos Humanos

En el cumplimiento (o incumplimiento) de la obligación estatal de investigar, juzgar y, si es del caso, sancionar, los operadores de justicia tienen un rol central. Tanto es ello así que la Corte ha conocido casos en que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado únicamente en razón de la conducta de sus jueces. A modo de ejemplo, en el *Caso Almonacid Arellano y otros* y, más recientemente, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaroy otros)*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a Chile y a Perú, respectivamente, únicamente por la violación de los artículos 8 (garantías

[48] Ídem, artículo 8.

[49] Ídem, artículo 14.

[50] Aprobados por el Consejo Económico y Social mediante Resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 y adoptados por la Asamblea General mediante Resolución A/RES/44/162 del 15 de diciembre de 1989.

[51] Principios para una efectiva prevención e investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias. Cit., artículo 9.

[52] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Mack Chang contra Guatemala", Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

[53] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Ximenes Lopes contra Brasil". Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, Nº 149, párrafo 172; "Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile". Cit., párrafo 123, citado también en el "Caso La Cantuta contra Perú". Cit., párrafo 173.

judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana[54].

Para establecer si un Estado, por medio de la actuación de sus órganos judiciales, ha dado cabal cumplimiento a su obligación de investigar, juzgar y sancionar, la Corte puede examinar los procesos judiciales adelantados a nivel interno, "*ya que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos estuvo conforme a las disposiciones internacionales*"[55]. Este examen tiene por objeto verificar "*si los procedimientos han sido desarrollados con respeto a las garantías judiciales, en un plazo razonable, y si han ofrecido un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de los hechos y la reparación a los familiares*"[56].

La trascendencia del rol de los jueces en la protección y garantía de los derechos convencionales se manifiesta también en el deber de ejercer, de oficio, el que hemos denominado "*control judicial de convencionalidad*"[57].

Recientemente la Corte Interamericana[58] ha dado desarrollo a la doctrina del *control de convencionalidad* por parte de los operadores judiciales, a quienes les ha asignado una función relevante en la preservación de la integridad de la Convención Americana. Al respecto, dijo la Corte que:

> *[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.*

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[59].

Posteriormente, el Tribunal interamericano precisó que el *control de convencionalidad*[60] se complementa con el control de constitucionalidad y que debe ejercerse de oficio: "*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana*"[61].

En el Perú los jueces deben ejercer el *control judicial de convencionalidad* no solo en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana, sino también en acatamiento de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en el sentido que las decisiones del Tribunal Interamericano son vinculantes para todas las autoridades y órganos del Estado: "*la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso [ante la Corte Interamericana], sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal*"[62].

Según hemos mencionado, los operadores judiciales: i) pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado si no adelantan investigaciones y procesos judiciales que satisfagan plenamente los estándares internacionales, ii) los procesos internos pueden ser revisados integralmente por los tribunales internacionales, y iii) deben ejercer un control judicial de convencionalidad sobre las normas internas que aplican. En consecuencia, parece necesario –y tal vez indispensable– que los funcionarios judiciales

[54] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile". Cit., párrafo 2, y "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú". Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 24 de noviembre de 2006. Serie C, Nº 158, párrafo 2.

[55] Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Ximenes López contra Brasil". Cit., párrafo 174; "Caso Baldeón García contra Perú". Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, Nº 147, párrafo 142.

[56] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Baldeón García contra Perú. Cit., párrafo 139.

[57] La Corte ha acuñado la expresión "control de convencionalidad", pero dado que en el caso Almonacid Arellano y otros se refiere a este control ejercido por los jueces, lo hemos denominado "control judicial de convencionalidad".

[58] Primero, con ocasión de la aplicación acrítica de las leyes de autoamnistía por parte de los jueces chilenos, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, y posteriormente, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.

[59] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Cit., párrafo 124.

[60] Para mayor detalle sobre el sentido del control de convencionalidad, bajo la Convención Americana, ver los votos razonados de los jueces Sergío García Ramírez y Antonio Augusto Cancado Trindade a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreos (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.

[61] Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú". Cit., párrafo 128. En similar sentido, "Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile". Cit., párrafo 124.

[62] Tribunal Constitucional del Perú. "Caso Arturo Castillo Chirino". Sentencia de 21 de julio de 2006, párrafo 12.

conozcan y comprendan adecuadamente los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana en su labor de intérprete autorizada de la Convención Americana.

A continuación presentamos una visión general de los contenidos y alcances de la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de derechos humanos, tal como dicha obligación ha venido siendo entendida por la Corte Interamericana, en su ya abundante jurisprudencia tanto sobre reparaciones[63] como sobre la interpretación de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía de los derechos) de la misma convención.

5.3.6. La investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos es más exigente que la de delitos comunes

El carácter inalienable de los derechos violados, la gravedad de los hechos, las situaciones de violencia generalizada y de práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre otros aspectos, determinan que la investigación y juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos demande una mayor exigencia por parte de los funcionarios y órganos judiciales, quienes no pueden eximirse, bajo ninguna circunstancia, del cumplimiento de esta obligación, dado su carácter de norma imperativa que forma parte del *ius cogens*.

Al respecto, la Corte ha precisado que la "*obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad*"[64]; y que en situaciones "*de violencia sistemática y de graves violaciones de los derechos en cuestión, en una zona declarada de emergencia y de operaciones militares […] los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección a cargo del Estado se ven acentuados y revestidos de importancia cardinal en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención*"[65].

Ha estimado, igualmente, que la "*prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general*"[66], y que el "*acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones*"[67].

Con referencia a la desaparición forzada, precisó que "*ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens*"[68].

También ha dicho la Corte que "*la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad*"[69]. Esta obligación es tan exigente que "*las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente* [desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de 43 personas]"[70].

5.3.7. La investigación y juzgamiento de las violaciones de Derechos Humanos debe ser iniciada de oficio y cumplida de manera seria, imparcial, efectiva y con la debida diligencia

Los operadores judiciales no tienen un amplio margen de libertad para adelantar las investigaciones de cualquier

63 La Corte Interamericana, al establecer las medidas de reparación que los Estados deben adoptar para remediar las violaciones que han determinado su responsabilidad internacional, ha establecido reiteradamente la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La Cantuta contra Perú". Cit., párrafo 110. Ver también párrafo 157.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia". Cit., párrafo 134.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombi.." Cit., párrafo 134.

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La Cantuta contra Perú". Cit., párrafo 160.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Goiburú y otros contra Paraguay" Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 22 de septiembre de 2006. Serie C, Nº 153, párrafo 84.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No 160, párrafo 405.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Cit., párrafo 146 y Corte IDH. Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de fondo de 1º de julio de 2006. Serie C, No 148, párrafo 300.

manera y según sus propios criterios de oportunidad, diligencia y efectividad. Dada la íntima relación –arriba mencionada– entre la obligación de proteger y garantizar los derechos sustantivos y la obligación de investigar, la Corte ha entendido que "*en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de* ***iniciar ex officio y sin dilación****, una investigación* ***seria, imparcial y efectiva***" (la negrita es agregada)"[71].

Una investigación con estas características "*es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida*"[72].

Recientemente, la Corte precisó que sin dilación significa "*una vez que las autoridades tengan conocimiento de los hechos*"[73].

La seriedad de la investigación implica que ésta "*debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales*"[74].

La seriedad de la investigación implica, también, que las autoridades judiciales deben actuar con la debida diligencia en la tramitación de los procedimientos internos. La Corte ha venido estableciendo una serie de debidas diligencias o actuaciones mínimas que los fiscales y/o jueces deben realizar.

En casos de desaparición forzada es indispensable que se lleven a cabo las debidas diligencias para buscar, localizar e identificar plenamente los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares. Por ejemplo, en el Caso La Cantuta Vs. Perú, la Corte, luego de constatar que "*[d]urante las diligencias de exhumación e identificación […] se presentaron diversas falencias en cuanto a la identificación de otros restos humanos encontrados, [que] no se realizaron otras gestiones para la búsqueda de los restos de las otras víctimas*"[75], y que "*[n]o constan […] acciones adoptadas en el marco de los procesos penales, o a través de otras instancias, para determinar el paradero de las víctimas o buscar sus restos mortales*"[76], *le ordenó al Estado, como medida de reparación, "proceder de inmediato a la búsqueda y localización de los restos mortales [de las víctimas] y, si se encuentran sus restos, entregarlos a la brevedad posible a sus familiares*"[77].

Respecto de la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, el Tribunal Interamericano ha dispuesto que las diligencias mínimas a realizar deben ser las contenidas en el *Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, conocido como Protocolo de Minnesota*[78], en los siguientes términos:

> *Este Tribunal ha especificado que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, inter alia, a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio.*

[71] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Cit., párrafo 143. En el mismo sentido, ver Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 256.

[72] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 110; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Cit., párrafo 117; Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 256.

[73] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 256.

[74] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 256; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Cit., párrafo 143 in fine.

[75] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 135.

[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 146.

[77] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 232 y punto resolutivo 10.

[78] Naciones Unidas, Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de las Naciones Unidas. 1991. UN. Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991).

Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados[79].

Con relación a los hechos de tortura, la Corte ha establecido que las diligencias mínimas que deben formar parte de una investigación diligente son las contenidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, conocido como *Protocolo de Estambul*.

Al respecto, la Corte dijo que en los procedimientos penales se "*deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura […] y particularmente las definidas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes («el Protocolo de Estambul»)*"[80].

La investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos debe ser adelantada por tribunales competentes, independientes e imparciales. Ello tiene como presupuesto la clara incompetencia de los tribunales militares para conocer estos casos, porque éstos no cumplen con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad necesarios para conocer graves violaciones de derechos humanos[81]. En su jurisprudencia constante y reiterada:

El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional: sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que "*[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso*", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de estos hechos [desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales][82].

Que una investigación sea efectiva significa que ésta sea capaz de asegurar los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación. Ha dicho la Corte que "*el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite formal de procesos internos*"[83].

Como hemos mencionado, es necesario que éstos se adelanten seriamente y con la debida diligencia, de tal manera que se esclarezcan los hechos oportunamente. Además, durante las investigaciones se debe hacer "*todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables*"[84].

El conocimiento de la verdad es un derecho tanto de las víctimas y sus familiares como de la sociedad en su conjunto, que debe establecerse a través de los procesos judiciales. A este respecto, la Corte ha señalado que "*el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención*"[85], y ha precisado que el derecho a la verdad, "*al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer*"[86].

Para garantizar que se conozca toda la verdad, los operadores judiciales deben "*asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar*

[79] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 383. Ver también Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nº 155, párrafo 91.

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, Nº 132, párrafo 100.

[81] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Cit., párrafo 133.

[82] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 142. Ver también, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de fondo y reparaciones de 22 de noviembre de 2005. Serie C, Nº 135, párrafo 143; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Cit., párrafo 131; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Sentencia de fondo y reparaciones de 16 de agosto de 2000, párrafo 125, y Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, Nº 52, párrafo 128.

[83] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 149.

[84] Ídem.

[85] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Cit., párrafo 148. Ver también, Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 224.

[86] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 222.

en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana"[87], "*tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación*"[88].

Para asegurar el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad acerca de los hechos de un caso, la Corte ha ordenado reiteradamente a los Estados –como una medida de reparación que hace parte de la obligación de investigar, juzgar y sancionar– que divulguen públicamente los resultados de las investigaciones y procesos[89].

Una investigación efectiva debe, además, permitir la reparación de los derechos violados. Dado el carácter subsidiario de las instancias internacionales, "*la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reparar el daño ocasionado*"[90].

Si ello no ocurre de manera adecuada y suficiente, surge entonces el derecho de la víctima a acudir a la instancia internacional. Como medidas de reparación, la Corte Interamericana ha ordenado, además de una indemnización compensatoria de los daños morales y materiales, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Como una medida de satisfacción, la Corte, en su jurisprudencia constante y reiterada, ha dispuesto la realización de investigaciones serias, completas, imparciales, que permitan el esclarecimiento total de los hechos, la identificación de los responsables y, en su caso, la imposición de sanciones penales proporcionales a la gravedad de los hechos, con el fin de contribuir a erradicar la impunidad.

5.3.8. La investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos debe concluir en un plazo razonable

Con relación a la duración de las investigaciones y procesos penales, la Corte ha dicho que "*es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales*"[91].

Ha señalado la Corte que el cómputo del plazo se inicia con el primer acto procesal dirigido contra una determinada persona como probable responsable de un delito, y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme; el cómputo del plazo incluye los recursos de instancia[92].

La Corte ha establecido, igualmente, que "*[l]a razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal*"[93]. El tiempo que el Estado deja transcurrir, luego de ocurridos los hechos, sin iniciar las investigaciones, es tenido en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo. Así, la Corte, al constatar que se abrió un proceso penal 13 años después de ocurridos los hechos, concluyó que "*el tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el inicio del proceso penal por la investigación de éstos sobrepasa por mucho un plazo razonable para que el Estado realice las primeras diligencias probatorias e investigativas para contar con los elementos necesarios para formular una acusación penal*"[94].

En situaciones como la del Perú, en que luego del retorno a la democracia las autoridades judiciales reactivan e impulsan las investigaciones y procesos penales, no pueden, sin embargo, desvincularlas del período anterior de inactividad procesal o ausencia total de investigación, y deben asumir –a efectos de determinar si los procedimientos se han realizado en un plazo razonable– las consecuencias de las obstaculizaciones[95] y las "*omisiones que se configuraron en cuanto a la recuperación, preservación y análisis de la prueba con anterioridad al desarrollo de los procesos penales en curso [las cuales] han afectado el desarrollo de los [procesos actuales]*"[96].

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 228.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Cit., párrafo 117.

89 Para mencionar sólo las más recientes sentencias en que la Corte ha ordenado la divulgación de los resultados de los procesos penales, ver Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 228 in fine y Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 441 y punto resolutivo 8.

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Cit., párrafo 116.

91 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 149.

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Peru. Cit., párrafo 150; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, Nº 129, párrafo 104; Caso Ximenes López Vs. Brasil. Cit., párrafo 195.

93 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Perú. Cit., párrafo 150; Caso Ximenes López Vs. Brasil. Cit., párrafo 196.

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit. párrafo 387.

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 149.

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 389. Ver también párrafo 385.

5.3.9. La investigación de graves violaciones de Derechos Humanos debe producir los resultados esperados

La Corte ha señalado en su jurisprudencia reiterada que las investigaciones efectivas "*deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención*"[97].

En casos donde los órganos judiciales internos investigan asuntos calificados por la propia Corte como complejos (como las masacres de Ituango, Mapiripán y Pueblo Bello ocurridas en Colombia), el Alto Tribunal ha señalado que es preciso realizar "*una evaluación del desarrollo y los resultados de los diferentes procesos penales*"[98], para establecer si los medios utilizados y los resultados alcanzados con las investigaciones son suficientes para dar cumplimiento a la Convención, habida cuenta de la magnitud de los acontecimientos y el número de partícipes involucrados en ellos[99].

Así, en el *Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia*, aunque la Corte constató que algunas investigaciones habían producido la condena de varios sindicados, estableció, no obstante, la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, porque a pesar de ello y de la detención de algunos implicados, se presentaron fallas en la investigación, que determinan que los resultados no sean suficientes y que la impunidad prevalezca[100].

5.3.10. La investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derecho Humanos debe ser completa

La investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones de derechos humanos debe ser completa, lo cual implica que debe comprender el esclarecimiento de todos los hechos denunciados y el juzgamiento y sanción de todos los responsables. En aplicación de esta regla, el Alto Tribunal Interamericano, "*declaró como violatorio del derecho de acceso a la justicia que [los] procesos no abarquen la totalidad de los hechos violatorios de derechos humanos analizados en la […] Sentencia*"[101], y le ordenó al Estado, como medida de reparación, "*adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de todos los hechos del presente caso y no sólo aquellos que derivaron en la muerte de las víctimas*"[102].

Por otra parte, la Corte ha establecido que los procedimiento internos deben desarrollarse de tal manera que permitan la investigación, juzgamiento y sanción de "***todos** los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales*" (la negrita es agregada)[103].

5.3.11. Para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, no se pueden invocar razones de derecho interno

Es un principio del derecho internacional que los Estados no pueden invocar su derecho interno para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales[104].

Con relación específica al cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, la Corte ha reiterado recientemente su jurisprudencia al respecto, en los siguientes términos:

> *[E]n cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad […] El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos*[105].

[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Peru. Cit., párrafo 144.

[98] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia. Cit., párrafo 293.

[99] Ídem.

[100] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia. Cit., párrafos 293 y 294.

[101] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 437.

[102] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 441.

[103] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú. Cit., párrafo 256 in fine. Ver también Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Cit., párr. 117; CasoXimenes Lopes Vs. Brasil. Cit., párrafo 148.

[104] Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso del Penal Castro Castro contra Perú". Cit., párrafo 394.

[105] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 226.

Las razones de derecho interno frecuentemente invocadas por los Estados se han referido básicamente a figuras o instituciones del derecho penal, como las leyes de amnistía, la prescripción, las eximentes de responsabilidad, la cosa juzgada, o el principio *non bis in ídem*.

En el Caso Barrios Altos Vs. Perú[106], la Corte estableció que "*son inadmisibles las disposiciones de **amnistía**, las disposiciones de **prescripción** y el establecimiento de **excluyentes de responsabilidad** que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas*"[107].

A partir del Caso Barrios Altos Vs. Perú la Corte ha venido completando y precisando esta línea de jurisprudencia. Así, en el Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, la Corte estableció que la cosa juzgada fraudulenta "*resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad*"[108], y que cuando se comprueba que un juicio "*estuvo contaminado por tales graves vicios, […] no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana*"[109].

Posteriormente, sobre el principio *non bis in ídem*, la Corte precisó que [A]ún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia [y que] si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *non bis in ídem*[110].

Recientemente, en el *Caso La Cantuta Vs. Perú*, la Corte agregó a este estándar la imposibilidad de invocar la irretroactividad de la ley penal, y lo reiteró en los siguientes términos:

> *[T]al como lo ha hecho desde la emisión de la Sentencia de este Tribunal en el caso Barrios Altos vs. Perú, el Estado no podrá volver a aplicar las **leyes de amnistía**, […] ni podrá argumentar **prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada**, ni el **principio non bis in ídem** […] o **cualquier excluyente similar de responsabilidad**, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables*[111] (la negrita es agregada).

5.3.12. En materia de Derecho Internacional Humanitario

Frente a la omisión del cumplimiento de los estándares normativos relacionados con el Derecho Internacional Humanitario, hay que señalar que el cuerpo normativo del mismo establece la obligación para todos los Estados de perseguir a los responsables de cometer las graves infracciones y la de hacer comparecer a estos ante sus tribunales.

Las infracciones graves están expresamente consagradas en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949[112] y de

[106] Considerado por la propia Corte como un leading case sobre la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos. Ver Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Cit., párrafo 45.

[107] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, Nº 75, párrafo 41.

[108] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C, No 117, párrafo 131.

[109] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Cit., párrafo 132.

[110] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Cit., párrafo 154.

[111] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Cit., párrafo 226.

[112] Artículo 50 del Convenio Nº 1; artículo 51 del Convenio Nº 2; artículo 130 del Convenio Nº 3 y artículo 147 del Convenio Nº 4. Disponible en SÁNCHEZ Hernando y SÁNCHEZ Raúl Eduardo. Código de derecho Penal Internacional. Editorial Diké-Universidad del Rosario, 2007.

"Artículo 147. Infracciones graves. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes

los Protocolos I y II[113], siendo las conductas que la comunidad internacional considera de más gravedad y dignas de protección en todo momento. Por eso ha establecido el principio de jurisdicción universal sobre éstas, es decir, se le otorga la facultad a todos los Estados Parte de las cuatro convenciones de enjuiciar en sus tribunales a los responsables, sin importar el lugar de comisión, ni la nacionalidad del presunto autor. De igual manera, señala que en aquellos casos en donde no se juzgue al presunto responsable este debe ser extraditado ante la parte requirente[114].

El DIH se vio traducido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en su artículo 8 establece como crímenes de guerra todas aquellas infracciones a las leyes humanitarias.

El mismo Estatuto dispone en sus artículos 17 y 28 las consecuencias de la inactividad del Estado o de personas naturales por no investigar, enjuiciar o remitir a las autoridades competentes las infracciones al DIH, dentro de los delitos de guerra.

El artículo 17 consagra el principio de complementariedad, en desarrollo de lo establecido en el Preámbulo que dispone que "…la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales"[115].

Dicho artículo dispone que la Corte inadmitirá un asunto en aquellos casos en los cuales:

> *"a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;*
>
> *"b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;*
>
> *"c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;*
> *"d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte".*

El mismo artículo señala los eventos en los que el Estado no quiere o no puede:

> *"a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;*
>
> *"b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;*
>
> *"c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia".*

Por lo tanto, si el Estado falla en hacer una adecuada investigación y juzgamiento, la Corte Penal podrá ejercer su jurisdicción complementaria, sin desconocer lo establecido en el Preámbulo del propio Estatuto cuando reconoce que "*…es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*". En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la revisión de la ley aprobatoria del Tratado de Roma diciendo que "*esta modalidad de competencia complementaria de la Corte Penal Internacional permite que las autoridades colombianas ejerzan plenamente sus*

sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario". En SÁNCHEZ, Hernando y SÁNCHEZ, Raúl Eduardo, Código de Derecho Penal Internacional, Editorial Diké-Universidad del Rosario, 2007.

113 Protocolo Nº 2, artículos 11 y 85.

114 " (…) Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.

"(…) En SÁNCHEZ, Hernando y SÁNCHEZ, Raúl Eduardo. Código de Derecho Penal Internacional, Editorial Diké-Universidad del Rosario, 2007.

115 Preámbulo del Estatuto de Roma. Ídem.

competencias para el juzgamiento de tales conductas en el territorio…"[116].

Por otro lado, el artículo 28 del Tratado de Roma dispone que la responsabilidad penal internacional se asume por omisión cuando el comandante militar o el superior civil no "*hubiesen adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance (…) para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*".

Lo primero que hay que decir es que la norma del artículo 28 está dirigida al jefe militar, o el que actúe efectivamente como jefe militar. Al respecto la doctrina imperante ha establecido que receptores de ésta tipología son tanto militares como civiles[117].

Lo segundo es el castigo por omisión, debido a que tal como lo plantea Schabas[118], "*la responsabilidad de mando facilita la persecución de un comandante cuando sus subordinados han cometido efectivamente crímenes y cuando es imposible establecer que ello obedeció a órdenes dadas por el comandante*".

En tercer término, para poder encuadrar al sujeto como presunto responsable, el mismo tiene que ostentar la calidad de superior. La doctrina establece con relación al tema que en los juicios de Nüremberg la responsabilidad del superior era endilgada "*por los hechos de los subordinados a los generales y oficiales con mando*", excluyendo de ésta manera al personal militar que careciera del mismo.

En materia de justicia, los tribunales han exigido a la posición del superior la existencia, aparte de las características ya mencionadas, de una posición de autoridad (*position of authority*) o un poder jerárquico (*hierarchical power*). Frente a éste tema se dice que *"el superior militar debe poseer el mando y control efectivo o la autoridad o control efectivo («effective command and control» o «effective authority and control») y el superior no militar debe ejercitar la autoridad y control efectivo («effective authority and control»)"*[119]. En ambos casos se exige que el superior controle efectivamente a sus subordinados.

En cuarto lugar, la inaplicación de medidas "*necesarias y razonables*", tiene dos vertientes: la primera es la inaplicación de las medidas necesarias para la prevención de la comisión del delito, y la segunda, la "*posibilidad material de prevenir o reprimir los crímenes*".

Este último elemento busca que efectivamente el superior cumpla con su función esencial de remitir a las autoridades competentes aquellas conductas constitutivas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y esto procede cuando el superior o el militar no posee las funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, entonces, no se le exige lo imposible al superior, es decir, no se le obliga a enjuiciarlo, porque éste no posee esas facultades, sino que las conductas no queden en la impunidad y se genere el proceso ante la entidad correspondiente, el no hacerlo genera, pues, una responsabilidad penal internacional por omisión con base en el artículo 28.

5.4. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 2

A) ¿Es posible que concurra tanto la responsabilidad penal individual y la responsabilidad del Estado, las dos a nivel internacional? ¿Son excluyentes o complementarias?

B) ¿Es posible que haya sanciones penales individuales a nivel internacional, pero que el Estado no sea responsable internacionalmente?

C) ¿Es posible aplicar el artículo 28 del Estatuto de Roma referente a la omisión, en el caso colombiano?

D) Estudie y analice los siguientes casos

I. Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

1) El 11 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Chile (en adelante "el Estado" o "Chile"), la cual se originó en la denuncia número 12.057, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de septiembre de 1998.

[116] Corte Constitucional, Sentencia C- 578 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[117] Véase también AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung EV, 2005 (lo correspondiente a "Command Responsability" y "Superior Responsability").

[118] SCHABAS, William A., An introduction to the international criminal court. Cambridge University Press, 2007.

[119] Ibídem.

2) La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano.

   Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió con la obligación emanada del artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención.

3) Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda se refieren a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley Nº 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

4) Además la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda. Por último, solicitó a la Corte que ordene al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

a) Según lo leído del caso, ¿es posible que el Estado tenga responsabilidad por omisión de sus autoridades judiciales?
b) ¿Considera usted que la extradición de nacionales puede dar lugar a responsabilidad del Estado, por violación de derechos humanos? ¿Cómo es el derecho que poseen las víctimas?

II. Caso Gutiérrez Soler contra Colombia (Corte Interamericana De Derechos Humanos)

Hechos

1) El día 24 de agosto de 1994 el señor Gutiérrez Soler fue aprehendido por los señores Coronel de Policía Luis Gonzaga Barón y su primo el señor Ricardo Dalel Barón.
2) Posteriormente el señor Soler fue llevado a un sótano en donde fue objeto de toda clase de vejámenes y tratos crueles inhumanos con el único fin de que confesara que había cometido el delito de extorsión.
3) Para simular que al señor Soler se le habían garantizado sus derechos fundamentales constitucionales, se le nombró, en reemplazo de un defensor, a una religiosa para que estuviera presente en las actuaciones ilegales. No contó con la presencia de un abogado defensor o representante legal con todas las garantías constitucionales.

Actuaciones en el derecho interno

4) Un día después de los hechos acaecidos, el señor Soler denunció ante la Fiscalía las torturas de las que fue objeto, y formuló ante la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos queja en contra de los señores Dalel Barón y el coronel Enciso Barón. El 7 de junio de 1995 dicha Procuraduría Delegada estableció que existían méritos para formular pliego de cargos en contra del coronel Barón, pero la Procuraduría General de la Nación archivó el proceso con fundamento en el principio non bis in ídem, teniendo en cuenta que el señor Barón ya había sido juzgado por el director de la Policía Judicial, en donde fue exonerado de toda responsabilidad disciplinaria.
5) El 29 de agosto de 1995 se abrió proceso penal en contra del señor Dalel Barón, siendo la decisión de la Fiscalía la de precluir la investigación. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia.
6) La declaración del señor Soler el día 24 de agosto de 1994, obtenida de manera ilícita, sirvió para que la justicia regional le iniciara un proceso penal por el delito de extorsión y se le ordenara medida de aseguramiento con privación de la libertad. El 26 de agosto de 2002 el señor Gutiérrez Soler fue absuelto por el delito de extorsión por parte del Juzgado Octavo Penal Especializado de Bogotá.

Trámite ante la comisión

7) El 26 de marzo de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda contra el Estado colombiano ante la Corte Interamericana, solicitando que se declarara responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5.1, 5.2 y 5.4), derecho a la libertad personal (artículo 7.1-7.6), garantías judiciales (artículo 8.1, 8.2d, 8.2e, 8.2g, 8.3), protección judicial (artículo 25) y la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Trámite ante la Corte Interamericana

8) El 9 de marzo de 2005 el Estado colombiano retira las dos excepciones preliminares relacionadas con el derecho de defensa del Estado y el agotamiento de los recursos internos, así mismo se allana de los cargos y reconoce su responsabilidad internacional en relación con los hechos narrados.
9) Mediante Resolución del 10 de marzo de 2005 la Corte Interamericana tomó por retiradas las excepciones preliminares y admitió el allanamiento del Estado colombiano. Igualmente decidió continuar con la audiencia pública, delimitando la misma a la decisión en torno a las reparaciones y costas.

Pruebas

10) La Corte Interamericana recordó que "la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, no ha adoptado una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo"[120].
11) Las pruebas que fueron remitidas por los representantes de las víctimas así como por la Comisión, fueron: documentales: donde estaban los testimonios del torturado, así como de su hijo, su hermano, su cuñada y sus sobrinos; el peritaje de un abogado penalista, de una profesora de medicina legal de una universidad en Portugal, de una psicóloga, de un economista y especialista en derechos humanos.
12) Respecto al peritazgo realizado por la profesora de medicina legal, cabe resaltar que esta profesional encontró falencias en los exámenes médico forenses practicados con anterioridad al señor William Gutiérrez Soler. La profesora se pronunció de la siguiente manera:
"Los exámenes médico forenses que se efectuaron en este caso han sido exámenes incompletos. En ningún momento se realizaron registros fotográficos de las lesiones, los cuales son extremadamente importantes. Los exámenes se han limitado a una descripción física externa de las áreas anatómicas. No se realizó ningún examen de la lesión anatómica anal, que es un examen muy sencillo. En uno de los informes no se detallan las lesiones, lo cual puede condicionar su interpretación y perjudicar el resultado o la trascendencia que estos documentos tengan en el proceso judicial.
"La víctima no recibió tratamiento médico regular y adecuado hasta su ingreso en prisión el 14 de septiembre de 1994, es decir, veintiún días después de los hechos.
"Se han implementado protocolos y estándares para mejorar el tratamiento a las víctimas de agresiones como las de este caso, pues los que había son deficientes, no sólo en América Latina sino en todo el mundo. El que más se utiliza es el Protocolo de Estambul, el cual surgió en el año 1999 debido a la cooperación de una serie de entidades, médicos y juristas para establecer estándares de tratamiento a este tipo de víctimas, de tal manera que estas evidencias puedan ser comprendidas en las cortes. En el Protocolo se encuentran descritas situaciones como las que sufrió el señor Wilson Gutiérrez, la forma como se tienen que hacer los exámenes, como se tienen que elaborar los dictámenes, la forma como la víctima tiene que ser «seguida posteriormente». Si el Protocolo hubiese sido aplicado en este caso, el resultado de la investigación hubiese sido distinto, pues habría «facilita[do] la comprensión de las agresiones, de los hechos».
"En el caso de personas que han sido afectadas en su integridad física, el examen médico debe prestar especial atención a dichas víctimas, pues «hay todo un componente de miedo» que les puede hacer daño. Lo primero que debe hacer el médico es establecer una relación de empatía con el examinado, «que la persona se sienta realmente a gusto con él para contarle las cosas que han pasado» y no dejar de contar ciertos detalles por miedo a no hacerlos públicos. En estos casos, no pueden estar presentes los supuestos agresores. Además, «el médico no debe limitarse al examen de las regiones anatómicas [respecto de las cuales] la víctima se queja […;] hay que hacer un examen exhaustivo, hay que objetivarlo con registros gráficos, fundamentalmente la fotografía».
"En casos de tortura el agresor procura infligir sufrimiento a la persona de una forma que no deje huellas físicas. El agresor sabe que si deja huellas es detectado de una manera más fácil. En cuanto a las lesiones genitales del señor Gutiérrez Soler debido a las quemaduras, hay signos indudables y van a mantenerse por vida. En la cuestión del abuso sexual anal muchas veces no quedan huellas físicas externas, como ocurrió en este caso.
"Los funcionarios que efectúan detenciones o que tienen contacto con personas detenidas deberían ser

[120] Caso Gutiérrez Soler. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C, Nº 132. párr. 39.

evaluados psicológica o psiquiátricamente cada cierto período de tiempo, pues en muchos casos dichos funcionarios poseen una personalidad que los puede volver agresivos. En el presente caso, existe un examen psiquiátrico que es donde se hace también un examen de uno de los agresores y «la lectura permite intuir algunos rasgos sicológicos en el perfil de la patología sicopática».

"Las personas que son detenidas deben ser sometidas a exámenes físicos periódicamente y el médico no debe limitarse a «las quejas que se le hacen, porque muchas veces la víctima no consigue valorar todo el contexto de su sufrimiento»"[121].

Fondo

13) La Corte Interamericana da por probados los hechos referidos en la sentencia, admite el allanamiento del Estado respecto a las violaciones de los derechos consagrados en los artículos de la Convención ya señalados y considera, igualmente, que hubo incumplimiento por parte de Colombia de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, alegados por los representantes de las víctimas.

"La Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Esta actuación está normada, además, de manera específica en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura que obligan a los Estados Partes a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, así como a garantizar que los casos de tortura sean examinados imparcialmente[122]*. En el presente caso, la Corte observa que Colombia no actuó con arreglo a esas previsiones, ya que a la fecha ninguna persona ha sido sancionada por las torturas infligidas al señor Wilson Gutiérrez Soler y que el propio Estado ha reconocido defectos en relación con las garantías judiciales de los procesos internos (supra párrs. 26, 28 y 48.10). Desde que entró en vigor en Colombia la referida Convención Interamericana contra la Tortura, el 18 de febrero de 1999, es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. Por ello, para el Tribunal esta conducta constituye incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura en lo que atañe a la obligación de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito interno"*[123].

14) Teniendo en cuenta el principio de derecho internacional establecido por la Corte Interamericana, en el sentido de que "*toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*"[124], la Corte dedica todo un capítulo de la sentencia al tema de reparaciones.

15) Al analizar el tema del "*daño inmaterial*", así como el de "*otras formas de reparación*", la Corte Interamericana tuvo en cuenta la falta de una investigación adecuada por parte del Estado colombiano en relación con los hechos probados. 16) Así, dispuso que una medida de satisfacción, que sin alcance pecuniario buscara reparar el daño inmaterial, era la "*[o]bligación del Estado de investigar los hechos del caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables*"[125].

Al respecto, aclaró la Corte Interamericana que:

"[…] no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos"[126].

"[…] la Corte tiene presente que existen posibilidades en Colombia para reabrir procesos, en los cuales se han emitido sentencias absolutorias o decisiones de cesación de procedimiento y preclusión de

[121] Ibíd., parr. 41.

[122] Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, Nº 114, párr. 159; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, Nº 110, párr. 114, y Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, Nº 103, párr. 95.

[123] Caso Gutiérrez Soler. Supra nota 2, párr. 54 (subrayado fuera del texto).

[124] Ibíd., párr. 61. Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, Nº 129, párr. 145; Caso YATAMA, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, Nº 127, párr. 230, y Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, Nº 126, párr. 122.

[125] Caso Gutiérrez Soler. Supra nota 2, párr. 93.

[126] Ibíd., párr. 98.

investigación, como las que han mantenido el caso sub judice en la impunidad"[127].

"Los referidos procedimientos, además, deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura, tales como las expuestas por la doctora María Cristina Nunes de Mendonça durante su peritaje rendido ante esta Corte (supra párr. 42), y particularmente las definidas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes («el Protocolo de Estambul»)"[128].

17) Como otra medida no pecuniaria de satisfacción, estableció la Corte Interamericana, la necesidad de que el Estado colombiano implemente los parámetros del Protocolo de Estambul:

"[…] la Corte estima que la difusión e implementación de los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul puede contribuir eficazmente a la protección del derecho a la integridad personal en Colombia. Por ello, considera que el Estado debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta dichas normas internacionales, el cual debe estar dirigido a los médicos que cumplen sus funciones en los centros de detención oficiales y a los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como a los fiscales y jueces encargados de la investigación y el juzgamiento de hechos como los que han afectado al señor Wilson Gutiérrez Soler, con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos técnicos y científicos necesarios para evaluar posibles situaciones de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, el Tribunal considera necesario que dicho programa de formación incluya el caso del señor Wilson Gutiérrez Soler como una medida dirigida a prevenir la repetición de los hechos"[129].

18) Las demás medidas impuestas por la Corte Interamericana en este sentido, fueron: el tratamiento médico y psicológico, la publicación de las partes pertinentes de la sentencia, la difusión y aplicación de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sobre la jurisdicción penal militar y el fortalecimiento de los controles en los centros de detención[130].

Decisión

19) Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Interamericana:
20) Decide reafirmar la Resolución del 10 de marzo de 2005, mediante la cual se admite el allanamiento del Estado.
21) Declara la violación de los derechos humanos contenidos en los artículos 5.1, 5.2, 5.4, 7.1-7.6, 8.1, 8.2e, 8.2d, 8.2g, 8.3, 25 y la obligación del artículo 1.1. de la Convención Americana, así como el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
22) Dispone que el Estado "*debe cumplir las medidas dispuestas relativas a su obligación de investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables, en los términos de los párrafos 96 a 100 de la presente Sentencia" y, entre otros, que "[e]l Estado debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta las normas internacionales establecidas en el Protocolo de Estambul, en los términos del párrafo 110 de la presente Sentencia"*[131].

[127] Ibíd., párr. 99.
[128] Ibíd., párr. 100 (subrayado fuera del texto).
[129] Ibíd., párr. 110.
[130] Ibíd., párr. 101-108, 111, 112.
[131] Ibíd., párr.127, numerales 1 y 5.

6. UNIDAD 3

Derecho a la libertad y garantías procesales

6.1. OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD 3

Integrar los conceptos del derecho internacional al derecho interno con el fin de comprender la metodología de la investigación, la omisión del Estado y los particulares, así como las garantías básicas y fundamentales frente a todos los procesos sobre DDHH y DIH.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD 3

- Analizar los derechos y garantías en los procesos por violaciones a los DDHH y al DIH.
- Revisar en especial las garantías procesales y el derecho a la libertad.
- Estudiar comparativamente las normas internacionales sobre la materia.

6.3. DERECHO A LA LIBERTAD Y GARANTÍAS PROCESALES

La investigación, juzgamiento y sanción de las conductas que constituyen violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario tienen unas características especiales, toda vez que son crímenes que se realizan dentro de un contexto generalizado, metódico y organizado de violencia a gran escala. En consecuencia son conductas que suponen el desarrollo del fenómeno denominado macrocriminalidad. Sin embargo, esta constatación no obsta para que no se respeten los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en el procedimiento. En esta unidad vamos a hacer referencias a los derechos que le asisten al sujeto pasivo de la acción penal en esta clase de delitos, y también a las víctimas. En el plano del Derecho Penal Internacional, el procedimiento debe ser respetuoso de las garantías, de acuerdo con los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y en las legislaciones internas. En este orden de ideas, con razón se afirma que "*la protección de los derechos humanos legitima al derecho penal internacional y al mismo tiempo limita su aplicación*"[132]. Para efectos del desarrollo de esta unidad, se aludirá a las garantías fundamentales que le asisten a los presuntos y presuntas responsables de conductas típicas de violaciones a los derechos humanos y graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Así mismo, se abordará el tema de las garantías que tienen las víctimas dentro del procedimiento.

6.3.1. Derecho a la libertad de los presuntos responsables por violaciones graves a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Sin duda algún la libertad es la esencia misma de toda persona. En las investigaciones, se reitera, debe respetarse la libertad. Pero es claro que la libertad no constituye un derecho absoluto, toda vez que el Estado tiene como potestad, aunque limitada, de privar de dicha prerrogativa legítimamente a una persona que está siendo investigada por esta clase de delito. Lo anterior implica un desarrollo lógico y normal para combatir la impunidad y proteger a las víctimas, y restaurar la paz y seguridad no sólo dentro del Estado, sino también a nivel internacional.

6.3.1.1. Instrumentos internacionales

En relación con este derecho, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada y proclama por la Asamblea General de las Naciones Unidas[133], dispone que "*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*". En desarrollo de este principio, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, manifiesta que:

> *"1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*
>
> *"2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. (…)".*

[132] WERLE, Gerhard, Tratado de derecho penal internacional, traducido al castellano bajo la coordinación de María del Mar Díaz Pita, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 101.

[133] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

En similar sentido se pronuncia la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos de 1969, en su artículo 7.

En las disposiciones del Estatuto que instituye la Corte Penal Internacional, si bien no están consagrados de manera literal principios relativos a este tema, es claro que de su espíritu se infiere razonablemente que está acorde con los parámetros señalados en los demás instrumentos internacionales[134]. De la misma forma, las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional tiene disposiciones relativas a la restricción y privación de la libertad de los acusados y condenados, especialmente en las reglas 117 a 121.

En este orden de ideas, se puede concluir que en los procedimientos previstos tanto en derecho penal internacional como en derecho interno, hay una clara protección a ese derecho fundamental, ya que el proceso penal se debe constituir no sólo como un *sismógrafo de la Constitución del Estado*[135], sino también de la legalidad a nivel internacional.

En el Estatuto de Roma este derecho se complementa con unas disposiciones contenidas en el artículo 66, que refuerza las garantías de la posición de quien está siendo investigado y juzgado por la comisión de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra. Así, este artículo garantiza la presunción de inocencia en estos términos:

> *"1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.*
>
> *"2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.*
>
> *"3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable".*

Así mismo, el artículo 67 preceptúa que:

> *"1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:*
>
> *"a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;*
> *"b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;*
> *"c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*
> *"d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*
> *"e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto;*
> *"f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;*
> *"g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;*
> *"h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y*
> *"i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contra pruebas.*
>
> *"Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá".*

---

[134] Consúltese a manera de ilustración los artículos 58 y ss. del Estatuto de la CPI, que aluden a las órdenes de detención.

[135] ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, traducción de la 25ª ed. alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 10.

6.3.1.2. Derecho Penal Interno

Como reflejo de los instrumentos internacionales propios de las naciones civilizadas, se desarrollan disposiciones contenidas en los artículos 1º, 2º, 3º y demás normas concordantes de la Ley 906 de 2004, teniendo como referente a la Carta Política de 1991, que en este mismo sentido afirma que la libertad es un derecho fundamental limitado sólo en casos excepcionales.

Lo anterior, en términos generales, encuentra concordancia con los principios rectores y normas que los desarrollan en nuestra legislación punitiva interna, en los que la restricción y privación de la libertad de los responsables, que aún en estos eventos graves debe configurar la excepción. Lógicamente, los servidores y servidoras responsables, concernidos en los procedimientos correspondientes, deben proceder a la privación de tan fundamental derecho esgrimiendo razones de justicia y reparación, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas, conjugadas dentro del marco de la realización de justicia, en aplicación de las normas adjetivas pertinentes rindiendo tributo a las normas superiores constitucionales y convencionales en la materia. Ahora bien, la aplicación de lo anterior en la mayoría de las veces presenta algunas dificultades en la resolución de casos en los cuales también se ve comprometida la realización de justicia de conformidad con las exigencias que reinan a nivel internacional. En efecto, durante mucho tiempo el ordenamiento jurídico se preocupó por blindar los derechos y garantías inherentes de las personas investigadas en un proceso penal, pero esa tendencia fue variando a medida que la atención se desplazaba hacia un interviniente en dicho procedimiento: la víctima. Ella también es titular de derechos inherentes y esenciales que edifican su humanidad. Por ello, también deben tenerse en cuenta sus intereses.

Esto no significa que al presunto autor o partícipe se vea afectado en sus garantías más fundamentales. La solución radica entonces en establecer una adecuada ponderación, teniendo como norte la verdad, justicia y reparación, pero respetando los derechos de **todos** los intervinientes procesales.

6.3.2. Las garantías de las víctimas

Las víctimas también son sujetos de derechos y garantías que deben reflejarse en los derechos sustanciales y procesales. A ella se le debe respetar su dignidad, integridad moral y física, libertad, entre otras. En este orden de ideas, es pertinente realizar una aproximación a la noción de víctima, para luego identificar cuáles son los derechos que le asisten en la investigación, juzgamiento y sanción por conductas típicas que violen los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

6.3.2.1. Acerca de la noción jurídica de víctima

Es pertinente entrar a esbozar una noción de víctima teniendo como referencia los marcos normativos a nivel nacional e internacional, así como se aludirá al punto de vista que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana[136]. Es preciso aclarar que nuestra Carta Política de 1991 si bien no define qué se puede entender conceptualmente como víctima, sí hace referencia a ésta. En efecto, el artículo 250, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, establece que la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de velar por la protección de las víctimas y hacer valer los derechos de éstas ante el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según el caso[137]. Es importante aclarar que si bien la Fiscalía asume un papel muy importante en cuanto al tema, ella no se constituye necesariamente como un representante de las víctimas.

En desarrollo de lo dispuesto por la Constitución de 1991, el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 consagró una definición de víctima en estos términos:

> *"Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.*

[136] Al respecto, vale la pena aclarar que, debido al objeto de este trabajo, no se abordará el análisis sistemático de la victimología, ni de la clasificación de víctimas que la doctrina ha decantado. Para ahondar sobre estas temáticas consultar GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, La responsabilidad civil en los sistemas penales (mixto y acusatorio), 2ª ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2006, pp. 59 y ss. También ver PALACIO, Marisol, Contribuciones de la victimología al sistema penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 29 y ss.

[137] "(…) En ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación, deber:

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

"(…)

"6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

"7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa".

"La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este".

Esta consagración, sin duda, significa un avance, aunque no exento de dificultades, que se traduce en una contribución a una redimensión de la condición de víctima y una reivindicación de sus derechos dentro del proceso penal[138]. Una definición particular de víctima la trae el denominado procedimiento de Justicia y Paz consagrado por la Ley 975 de 2005 en su artículo 5º[139].

En cuanto a los daños ocasionados por la realización de la conducta punible, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, estos pueden ser individuales o colectivos. Al respecto, vale la pena mencionar que las sociedades modernas, confrontadas a la globalización, tecnificación y complejidad de las relaciones sociales, jurídicas y económicas, son denominadas sociedades de riesgo[140]. Por ende, esos fenómenos han traído como consecuencia que haya una mayor tendencia hacia las víctimas colectivas, sin desconocer la existencia de víctimas individuales.

Ahora bien, haciendo un parangón con el Código de Procedimiento Penal de Chile, encontramos que la definición de la Ley 906 de 2004 es mucho más precisa[141].

Por otro lado, para la elaboración normativa de este concepto, se tuvo en cuenta la importante consagración que en derecho supranacional ha tenido respecto de los contornos de la noción de víctima. De especial relevancia es la definición que trae la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder en estos términos:

"1. Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

"2. Podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización"[142].

Del mismo modo, es interesante aludir al concepto de víctima que ofrece las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional en su regla 85. Para los fines pertinentes, este Estatuto dispone:

"a) Por «víctimas» se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

"b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios"[143].

[138] En la Ley 600 de 2000, aún vigente y por mucho tiempo, no se define qué se entiende por víctima. Más que el concepto, utiliza el vocablo escasamente, en los artículos 30, 60,114, 121, 243, 290, 368, num. 5, 372 y 413. Estos artículos consagran muy pocos mecanismos de protección a las víctimas en el proceso penal.

[139] Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. Es importante anotar que en Sentencia C-370 de 2007, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del segundo inciso "en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley".

[140] Véase BECK, Ulrich, La sociedad del riego: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Paidós, 1998. Sobre la problemática de las víctimas colectivas, consultar también PALACIO, Marisol, ob. cit.

[141] El artículo 108 del Código Procesal chileno establece que: "para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito". Acto seguido, dicho Código establece un orden de personas que se consideran como víctimas en caso de que el ofendido haya muerto, o no pudiera ejercer las prerrogativas que le asisten en el proceso.

[142] A/RES/40/34

[143] U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000)

Esta última disposición desarrolla lo establecido por el artículo 68 del Estatuto de Roma en lo atinente a la protección de las víctimas y los testigos, y su participación en las actuaciones. Esta consagración positiva de la Corte Penal Internacional en nuestro concepto, y a pesar de las dificultades surgidas por la confluencia de varios sistemas jurídicos, constituye un avance respecto del tratamiento que se les viene dando a las víctimas en los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda[144].

En este orden de ideas, resulta claro que, como acertadamente lo indica el profesor Juan Carlos Forero, "*nuestra normatividad no consagra el derecho de la víctima al «castigo del culpable»*"[145]. En consecuencia, se evidencia el esfuerzo desde el punto de vista normativo en Colombia por ofrecer un concepto jurídico. La misma reflexión se predica respecto de las exigencias actuales de la justicia penal internacional.

Una vez esbozada la noción jurídica de víctima, abordaremos cuáles son los derechos que le asisten en la investigación, juzgamiento y sanción por violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

6.3.2.2. La víctima: merecedora de un trato respetuoso y digno

Si bien es necesario llevar a cabo una eficacia en las investigaciones en esta clase de crímenes internacionales, hay que tener en cuenta que si bien se debe buscar la verdad y castigar a los responsables, esto no se puede hacer a cualquier precio. Uno de los límites fundamentales que se debe tener en cuenta en esa labor lo constituye el respeto hacía la víctima. Hay que evitar que sean objeto de una segunda victimización.

La aludida Resolución 30/40 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que:

"Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

"5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

"6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

"a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
"b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
"c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
"d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
"e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas".

El artículo 68 del Estatuto de Roma, en la relación con la protección de las víctimas prevé que:

"La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste

[144] Para algunos autores extranjeros, en particular William Bourdon, hay una paradoja respecto a la posición de las víctimas en los tribunales ad hoc, puesto que no obstante haber surgido por una presión de las víctimas, las reglas de procedimiento y prueba de aquéllos no les permitía el acceso a la actuación penal, sino que eran instrumentalizadas como medio de prueba. Al respecto véase BOURDON, William. La justice pénale internationale Actes du colloque organisé a Limoges les 22-23 novembre 2001, "Les victimes et les procédures pénales: leurs places et les moyens de faire valoir leurs droits", Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2001, pp. 217 a 219.

[145] FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema Penal Acusatorio, Derechos de las víctimas en el nuevo sistema acusatorio, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 165.

entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos".

"1. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.
"2. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
"3. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43. (…)"[146].

En alusión a las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, existe un principio general que sin duda alguna se compadece con la tendencia mundial a reconocer la dignidad y demás derechos de las víctimas, y el cual se formula en los estos términos[147]:

"Una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el artículo 68, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género".

En esta misma línea es importante destacar la regulación que se da ante ese tribunal internacional respecto de las medidas especiales y que tienen en cuenta la situación de las víctimas respecto de violencia sexual u otras conductas atroces. Dispone la Regla 88 del Reglamento de Procedimiento y Prueba:

"1. Previa solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.
"2. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada en virtud de la subregla 1, de ser necesario a puerta cerrada o ex parte, a fin de determinar si ha de ordenar o no una medida especial de esa índole, que podrá consistir, entre otras, en ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un psicólogo o un familiar.
"3. Las disposiciones de los apartados b) a d) de la subregla 2 de la regla 87 serán aplicables, mutatis mutandis, a las solicitudes inter partes presentadas en virtud de esta regla.
"4. Las solicitudes presentadas en virtud de esta regla podrán hacerse en sobre sellado, caso en el cual seguirán selladas hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes inter partes presentadas en sobre sellado serán también presentadas de la misma forma.
"5. La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual".

[146] El artículo de las Reglas de Procedimiento y prueba de los Tribunales penales para Ruanda y la antigua Yugoslavia preveían de una manera general que "se pueden tomar medidas con el fin de proteger la vida privada y la seguridad de las víctimas o testigos".

[147] Regla 86 del Estatuto de la CPI.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tienen mecanismos procesales pertinentes para obtener verdad, justicia y reparación[148] sin que se menoscaben sus garantías y derechos más fundamentales. Se insiste en el hecho de que por la magnitud de estas conductas hay que tener cuidado y consideración especial con esas víctimas.

6.3.2.3. El respeto a las víctimas en el procedimiento colombiano por violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Nuestro ordenamiento jurídico penal no es ajeno al deber de proteger las garantías fundamentales de las víctimas. La Ley 906 de 2004 consagra una serie de principios a favor de este interviniente que deben ser observados por los servidores y servidoras a cargo de la investigación, juzgamiento y sanción por estas conductas. Desafortunadamente, la historia ha conocido atrocidades de violaciones sexuales masivas contra grupos de personas indefensos (mujeres[149], niños), y la realidad colombiana no es ajena a esas atrocidades. En Colombia se cometen ataques masivos y sistemáticos contra la integridad de las personas, y para tratar de identificar responsables, obtener elementos materiales probatorios, evidencia física para establecer la verdad, muchas veces se está en la necesidad de contar con el concurso de la víctima. El artículo 11, con base en la Constitución Política, consagra una serie de prerrogativas a favor de las víctimas, que deben aplicarse a lo largo de toda la actuación penal (incluso con posterioridad a ella). Es una norma rectora que debe inspirar en consecuencia la aplicación de todo procedimiento. Este artículo preceptúa:

> *"El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.*
>
> *"En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:*
>
> *"a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;*
>
> *"b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;*
> *"c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;*
> *"d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;*
> *"e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;*
> *"f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;*
> *"g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;*
> *"h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio;*
> *"i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;*
> *"j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos".*

Nuestra legislación procesal penal de corte acusatorio establece una serie de disposiciones que toman en cuenta las situaciones de las víctimas y que marcan un avance respecto de la Ley 600 de 2000. Lo anterior no obsta para que se aplique criterios de estándares internacionales y constitucionales a los casos ventilados bajo el imperio de la Ley 600 de 2000 en defensa de la dignidad y trato humano que la víctima merece.

La Ley 906 de 2004 tiene como uno de los principios cardinales el de la publicidad en desarrollo de un control democrático hacia la facultad punitiva del Estado. Por regla general las audiencias son públicas. Sin embargo, la ley prevé circunstancias especiales en las cuales debe propender hacia una reserva de las mismas. También existen normas que obligan a los servidores y servidoras

[148] Reglas 85 a 99, 147 y 148, 173 y 174, 218 a 221.

[149] Podemos citar el aberrante caso juzgado Kunarac (IT-96-23) fallado por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Entre abril de 1992 y febrero de 1993, en la Región de Foca, fueron sistemáticamente violadas mujeres musulmanas en recintos como liceos o estadios.

velar por la protección no sólo de los testigos, sino también de las víctimas[150].

Hay que resaltar, además, el importante aporte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de las víctimas[151], que ha ampliado los contornos de la protección a las víctimas con una juiciosa perspectiva constitucional e internacional, y que deben inspirar las actuaciones de los funcionarios y funcionarias del Estado en lo pertinente.

6.3.2.4. ¿Las garantías de las víctimas son absolutas en todos los casos? Ilustración de un problema

Sin embargo, vale la pena analizar un aspecto problemático. Es el caso en el que se busca desarrollar procedimientos que involucran lesionados, o de víctimas de agresiones sexuales[152], donde existe un tema que merece toda la atención que habrá de resolverse con una acertada y razonable decisión[153]. El artículo 250 de la Ley 906 de 2004 establece lo siguiente:

> *"Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.*
>
> *"En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías.*
>
> *El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud".*

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-822 de 2005, se pronunció respecto de la conformidad de esta disposición con la Carta Política de 1991. En primer lugar, esta Corporación dispone que debe existir los siguientes condicionamientos necesarios para la práctica de estas tomas corporales:

- Es menester que la víctima o su representante legal hayan dado su consentimiento de manera libre, clara, antecedida de una debida información para proceder a la práctica de la muestra.
- Si la víctima o su representante legal persiste en la negativa para tomar las muestras necesarias, el juez o jueza de control de garantías determinará si procede o no la medida. La negativa de la víctima debe prevalecer, salvo que este funcionario considere que se deba realizar de todos modos la actuación, por la gravedad de la conducta perpetrada y que sea la única forma de determinar quién o quiénes son los presuntos responsables. Debe analizarse cada caso concreto bajo la égida de una ponderación necesaria y proporcionada.
- En tratándose de víctimas mayores de edad, no se podrá practicar la diligencia sin su consentimiento libre e informado.
- La toma de dichas muestras físicas debe hacerse en condiciones de salubridad, seguridad y confiabilidad adecuadas.

Como bien se observa, las actos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario son hechos de extrema gravedad, con un elemento internacional claro, toda vez que se lesiona un bien jurídico no sólo individual sino supra individual, cuyo titular es la humanidad entera. Son conductas que se dan dentro de un contexto global de violencia, excluyendo los actos esporádicos o espontáneos. Es claro que hay que tener en cuenta que la víctima tiene derecho a su libertad y dignidad humanas, por ello habría que tener consideración en no situarla dentro de

150 A manera de tan sólo una ilustración, citaremos los artículos 133, 134, 135 y 342 de la Ley 906 de 2004, entre otros.

151 A manera de ilustración podemos citar las Sentencias C-228 de 2002, C-580 de 2002, C-805 de 2002, C-004 de 2003, C-014 de 2004, C-979 de 2005, C-1154 de 2005, C-370 de 2006, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, C-516 de 2007 y C-060 de 2008. También hay que destacar providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (consúltese Sentencia de 1º de noviembre de 2007, Radicado 26077, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; Sentencia 18 julio de 2007, Radicado 26255, MM.PP.: Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca; Sentencia del 28 de mayo de 2008, Radicado 29542, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán, entre otras)

152 De acuerdo también con el artículo 155 de la Ley 906 de 2004, la audiencia preliminar será reservada, como excepción a la regla general de publicidad de la misma.

153 Para una interesante aproximación al tema de las intervenciones corporales y con alusión al derecho comparado, véase BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano, Medellín, Librería Jurídica Comnilibros, 2008, pp. 213 y ss.

un proceso de una nueva victimización que socavaría sus garantías fundamentales. Por ello debe acudirse a parámetros de proporcionalidad con el fin de ponderar los siguientes aspectos:

- La gravedad de la conducta punible,
- La importancia del bien jurídicamente tutelado,
- Las consecuencias que pudieran generarse para las garantías de las víctimas y el interés público[154], la negativa de aquéllas para acceder a la toma de muestras,
- El valor probatorio de la evidencia física,
- El grado de las consecuencias de distinto orden que pudieran presentarse en la víctima, y
- Las condiciones especiales que rodean la víctima en su aspecto físico o emocional.

Ahora bien, si de lo que se trata es de establecer la verdad con ocasión de una conducta punible extremadamente grave, como es el caso en estudio, la problemática se vuelve más densa puesto que, de acuerdo a los parámetros esgrimidos por la Corte Constitucional, habría casos en los cuales el consentimiento de la víctima puede relativizarse, a favor de un interés de justicia, es decir, en la necesidad de que no haya impunidad en la investigación, juzgamiento y sanción de las conductas más graves.

6.4. EJERCICIOS DE LA UNIDAD 3

1) Realice un cuadro comparativo entre los procedimientos establecidos ante la Corte Penal Internacional y la legislación interna (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004) en materia de protección de garantías con relación a los acusados y las víctimas. ¿Encuentra diferencias? De acuerdo con su criterio, ¿cuál se ajusta más a los parámetros internacionales?

2) ¿Conoce usted de alguna experiencia en su vida profesional que haya demostrado la tensión entre derechos del acusado y derechos de las víctimas? ¿Cómo se resolvió la problemática? Participe su experiencia al grupo.

Por otra parte:

3) Analice la Sentencia C-822 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia. ¿Está de acuerdo con sus fundamentos? ¿Qué ventajas pueden desprenderse de esta jurisprudencia? ¿Cuáles serían las dificultades prácticas que podría presentarse?

4) ¿La falta de consentimiento de la víctima podría representar un tema de impunidad en todos los casos?

a) Caso Adolph Eichmann

1) Adolph Eichmann era un oficial de la SS, SD y de la GESTAPO, quien en 1941 fue designado como "Jefe de asuntos judíos y evacuaciones".
2) Terminada la Segunda Guerra Mundial huye de Europa.
3) En 1960 los servicios de inteligencia de Israel, luego de años de investigación, lo encuentran viviendo en Argentina bajo el nombre de Ricardo Clemente.
4) Tras varios seguimientos en ese mismo país, agentes israelitas lo secuestran para interrogarlo y saber si Ricardo Clemente era el oficial nazi Adolph Eichmann.
5) Después de varios días y diferentes cotejos, entre ellos grafológicos, Clemente confiesa su verdadera identidad.
6) Ante la captura, los agentes israelitas buscan la manera de sacarlo clandestinamente del país y llevarlo a Israel (Estado fundado oficialmente en 1948, después de ocurrido el genocidio de los judíos). Aprovechando que una delegación de deportistas de Israel se encontraba en Argentina, deciden montarlo en el avión de la delegación.
7) Finalmente llegan a Israel, donde el 11 de abril de 1961 se inicia el juicio en contra de Eichmann con base en la Ley Nº 5710 de 1950, que castiga los delitos cometidos por los nazis y sus colaboradores en contra del pueblo judío durante el régimen nacionalsocialista comprendido entre 1933 y 1945.
8) La Ley Nº 5710 de 1950 señalaba la aplicación de la norma frente a los delitos cometidos en contra del pueblo judío, e independientemente del territorio en donde fuera cometido, la cual complementaba el Código Penal israelí que disponía la imprescriptibilidad de la acción penal y el juzgamiento de esas conductas así se haya juzgado y condenado en otro Estado.
9) Finalmente, Adolph Eichmann fue condenado a la pena de muerte mediante la horca.

A) Analice el caso de Adolph Eichmann a la luz de las diferentes garantías judiciales existentes y los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas.

B) También mirar el caso desde los siguientes puntos de vista:

a) La imparcialidad de los jueces de Israel.
b) Acto de Estado.
c) El derecho de Israel a procesar a Adolph Eichmann.

[154] No sólo respecto del interés público estatal sino internacional, toda vez que se admite el concepto de orden jurídico internacional.

Bibliografía general del Capítulo

Asamblea General de las Naciones Unidas, Anexo del 4 de diciembre de 2000, a la Resolución 55/89, "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Asamblea General de las Naciones Unidas, Anexo del 20 de abril de 2000, a la Resolución 2000/43, "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Paidós, 1998.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano, Medellín, Librería Jurídica Comnilibros, 2008.

BOURDON, William, La justice pénale internationale Actes du colloque organisé a Limoges les 22-23 novembre 2001, "Les victimes et les procédures pénales: leurs places et les moyens de faire valoir leurs droits", Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2001.

Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/26. "Los derechos humanos y la ciencia forense". Disponible en: http://74.125.113.104/search?q=cache:dyUiyKeZxnAJ:ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-20026.doc+Resoluci%C3%B3n+2005/26+2005&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=co.

Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2003/33. "Los derechos humanos y la ciencia forense".

Comisión de Derechos Humanos, Resolución E/CN.4/2005/102/Add.1. "Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad". Disponible en: http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html.

Centro del Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Oficina de las Naciones Unidas, "Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias". Disponible en: http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/medicinaforenseedeontologia/MANUAL%20SOBRE%20LA%20PREVENCION%20E%20INVESTIGACION%20EFICACES%20DE%20LAS%20E.pdf.

Comisión Nacional de Búsqueda. Plan Nacional de Búsqueda, 2006. Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/principal/documentos.

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-822 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Gutiérrez Soler contra Colombia". Sentencia 12 de septiembre de 2005. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas de 31 de enero de 2006. Serie C, Nº 140, párrafo 142. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, El delito de omisión en el Código Penal colombiano, Bogotá, Editorial Legis, 2002.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema Penal Acusatorio, Derechos de las víctimas en el nuevo sistema acusatorio, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

GALVIS, María Clara y SALAZAR, Katya, La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales. Disponible en: http://www.dplf.org/index.php?c_ID=168. Fundación para el debido proceso legal.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, La responsabilidad civil en los sistemas penales (mixto y acusatorio), Bogotá, Leyer, 2006.

JUDGE RICHARD May, MARIEKE Wierda, International Criminal Evidence, Transnational Publishers Inc., 2002.

Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2001. Disponible en: http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf.

MATEUS RUGELES, Andrea, Genocidio y Responsabilidad Penal Militar: Precisiones en torno al artículo 28 del

Estatuto de Roma, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

Naciones Unidas, Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias, 1991. UN. Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991). Disponible en: http://www.mnadvocates.org/4Jun20046.html#III.

Naciones Unidas, Resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989, Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias.

PALACIO, Marisol, Contribuciones de la victimología al sistema penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 2003.

RWANDA TRIBUNAL. PROSECUTOR VS. AKAYESU. Disponible en www.ictr.org.

SÁNCHEZ, Hernando y SÁNCHEZ, Raúl Eduardo, Código de Derecho Penal Internacional, Editorial Dike-Universidad del Rosario, 2007.

SCHABAS, William A., An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2007.

TORRES TOPAGA, William, En Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

TRIFFTERER, Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, C. H. Beck-Hart-Nomos.

WERLE Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Este libro se terminó de producir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES LTDA.,
Tels.: 250 1584 - 544 6825,
en el mes de marzo de 2009.

Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia

Programa Presidencial de
Derechos Humanos y DIH

Koninkrijk der Nederlanden
Reino de los Países Bajos