

**Responsabilidad de Mando a la luz del Derecho Operacional en el contexto de la
Jurisdicción Especial para la Paz**

Marly Andrea Suárez Manrique

Trabajo para optar al título de Magíster en Derechos Humanos

Director

Javier Alejandro Acevedo Guerrero

Abogado, Especialista en Derecho Público

Magíster en Derecho

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Maestría en Derechos Humanos

Bucaramanga

2020

Agradecimientos

En la culminación de este esfuerzo académico debo expresar mi gratitud principalmente a Dios, el autor y consumidor de mis sueños, quien me da aliento y sabiduría para vivir cada día.

A mis padres por su esfuerzo en educarme e inculcarme el deseo de superación, por soñar conmigo como una profesional de provecho.

A mi esposo y a mi hijo Andrés por la motivación para alcanzar cada logro y cada éxito en vida.

A mi director del trabajo, Javier Alejandro Acevedo Guerrero, por su disposición, paciencia y apoyo.

Tabla de Contenido

| | |
|---|----|
| Introducción | 9 |
| 1.Objetivo general | 14 |
| 2.Objetivos Específicos | 14 |
| 3.Responsabilidad de mando en el contexto Internacional | 15 |
| 3.1. Caso Jean Pierre Bemba. | 15 |
| 3.2. Posiciones doctrinales frente al concepto de responsabilidad de mando | 25 |
| 3.3. Responsabilidad de mando en los Tribunales Internacionales | 29 |
| 3.4. Crimen de Guerra | 37 |
| 4.Derecho Operacional en el Conflicto Armado Colombiano | 42 |
| 4.1. ¿Pero qué es el Derecho Operacional? | 48 |
| 4.2.¿Pero cuándo se gestó el Derecho Operacional en Colombia y cuáles son las fuentes de derecho? | 49 |
| 5.Responsabilidad de Mando y Derecho Operacional en el contexto colombiano | 58 |
| 5.1. Descripción de estándares de derecho operacional para la eventual configuración de responsabilidad de mando. | 70 |
| 6. Conclusiones | 77 |
| Referencias Bibliográficas | 80 |

Lista de Tablas

| | |
|--|----|
| Tabla 1. Responsabilidad de mando artículo 28 Estatuto de Roma – Artículo 24 Acto legislativo 001 de 2017. | 61 |
|--|----|

Resumen

Título: Responsabilidad de Mando a la luz del derecho operacional en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz*

Autor: Marly Andrea Suárez Manrique **

Palabras claves: Responsabilidad de Mando, Derecho Operacional, Fuerzas Militares, jurisdicción Especial para la Paz.

Descripción

La responsabilidad de mando es una figura cuestionada a lo largo de la historia de la humanidad, especialmente en el cierre de conflictos con el objeto de que los crímenes de guerra sean abolidos.

En Colombia se dio cierre a uno de los conflictos más largos de Latinoamérica y con ello la comparecencia a la Jurisdicción Especial para la Paz de las Fuerzas Militares (Ejército de Colombia), bajo un trato diferencial, en lo concerniente a la figura de Responsabilidad de Mando involucrando un factor importante como son las reglas operacionales y con ellas el derecho operacional.

La definición de la responsabilidad de mando al interior de la jurisdicción Especial para la Paz, acorde con los estándares internacionales, otorgará a los procesos judiciales, seguridad jurídica, los cuales se traducirán en la materialización de los derechos de las víctimas y los miembros de la fuerza pública, pero lo más importante la no repetición de los crímenes de guerra.

La configuración de los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición, en los procesos que se adelantarán por la Jurisdicción Especial contribuirá al tejido social, a la minimización de la criminalidad, la proyección de herramientas jurídicas para futuros tribunales de cierre y herramientas para la jurisdicción interna y la no entrada de la Corte Penal Internacional.

* Trabajo de Grado

** Escuela de Derecho y Ciencia Política. Maestría en Derechos Humanos. Director. Javier Alejandro Acevedo Guerrero. Magister en Derecho

Abstract

Title: Command Responsibility in light of operational law in the context of Special Justice for Peace*

Author: Marly Andrea Suárez Manrique **

Key words: Command Responsibility, Operational Law, Military Forces, Special Justice for Peace.

Description

Command responsibility is a figure questioned throughout the history of humanity, especially in the closing of conflicts in order that war crimes are abolished.

In our country, one of the longest conflicts in Latin America was closed, and with them the appearance of the Special Justice for Peace of the Military Forces (Colombian Army), under differential treatment, regarding the figure Command Responsibility involving an important factor such as operational rules and with them operational law.

The definition of command responsibility within the Special jurisdiction for Peace, in accordance with international standards, will grant judicial processes legal certainty, which will translate into the materialization of the rights of victims and members of the law enforcement, but most importantly the non-repetition of war crimes.

The configuration of the principles of truth, justice, reparation and non-repetition, in the processes to be carried out by the Special Jurisdiction will contribute to the social fabric, to the minimization of criminality,

* Degree Work

** School of law and political science. Master in Human Rights. Director Javier Alejandro Acevedo Guerrero. Master and Law

the projection of legal tools for future closing courts and tools for the internal jurisdiction and the non-entry of the International Criminal Court

Introducción

Tras varios ciclos de conflicto entre el Estado y la guerrilla de las FARC-EP, y luego de diversos intentos en cerrar el amargo capítulo de la guerra en Colombia, finalmente en la era del presidente Juan Manuel Santos Calderón, surgió el Acuerdo de Paz y tras años de concertaciones en La Habana, Cuba y las modificaciones realizadas luego de la votación del plebiscito por la paz el 2 de octubre de 2016, se gestó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, en donde se juzgarán a los miembros de las FARC-EP y a los miembros de la Fuerza Pública (Ejército de Colombia) que presuntamente cometieron crímenes de guerra en el marco del conflicto armado interno.

Dentro de los principios rectores de verdad, justicia, reparación y no repetición se forjó el trato diferencial entre miembros de la fuerza Pública e integrantes de las FARC EP, como se vio reflejado en los artículos 44 y 59 del acto legislativo 001 de 2017, que posteriormente se convirtió en la ley 1957 de 2019, en la que se destaca la responsabilidad de mando.

Sin duda alguna, la responsabilidad de mando es una de las figuras jurídicas más discutidas en los tribunales que se crean para juzgar los crímenes cometidos por las partes del conflicto, situación que no fue ajena a éste, toda vez que se gestó la figura de responsabilidad de mando en

el artículo 24 del Acto Legislativo 001 de 2017, con matices diferentes al contemplado en el artículo 28 del Estatuto de Roma, argumentado que este tratado, según pronunciamientos de la Corte Constitucional (sentencias C-578 de 2002, C-801 de 2009 y C-290 de 2012), no hace parte del bloque de constitucionalidad; motivo por el cual se adecuó la figura a las necesidades y realidades de las partes intervinientes generado entre las víctimas un sinsabor de impunidad frente a los delitos cometidos por los miembros del Ejército colombiano y concomitante entre los militares surgió el temor de que la Corte Penal Internacional intervenga de manera posterior en las investigaciones.

En esta investigación, la figura de responsabilidad de mando de los miembros de la fuerza pública se analizará a la luz del derecho operacional, siendo el eje central en torno a las estrategias tácticas, planeación, preparación y ejecuciones de operaciones militares en donde posiblemente se cometieron crímenes de guerra, esto se estudiará en el marco de la Jurisdicción Especial para la paz, el cual corresponde a un elemento esencial para la configuración de la responsabilidad de mando, no en una cacería de brujas como lo han asegurado algunos sectores, sino por obtener seguridad jurídica tanto a miembro de la fuerza pública y víctimas.

Es por ello, que, en la presente investigación, se analizará la evolución de la figura de responsabilidad de mando en el contexto internacional aunado a los crímenes de guerra, enseguida se estudiará el origen y vigencia del derecho operacional, para en un tercer capítulo analizar el derecho operacional con la responsabilidad de mando establecido en la ley 1957 de 2019, en el contexto del conflicto armado por las presuntas comisiones de crímenes de guerra.

Dentro del análisis a desarrollar, se tendrá en cuenta que el derecho operacional es un derecho nuevo presumiblemente y que dentro del consolidado de las órdenes de operaciones los despliegues militares eran realizados mediante directivas impartidas por el Ministerio de Defensa, las cuales instruían para realizar una orden de operación a la luz del derecho internacional, que gozaban desde su nacimiento de legalidad y por ende de obligatorio cumplimiento; entre ellas las directivas números 15 y 16; cimiento que posteriormente produjo la consolidación del Manual de Derecho Operacional, el cual se establece para tener límites del uso de la fuerza del Estado, garantizando cada uno de los derechos de la población civil; estableciendo así mismo los marcos jurídicos en los que se desarrolla el actuar de los miembros del Ejército de Colombia y las responsabilidades que acarrea ir en contravía de los estándares de legitimidad internos y de carácter internacional.

En igual sentido, todas las operaciones militares se desenvuelven bajo la premisa de legalidad y legitimidad, hasta este momento no se desarrollaría cuestionamiento alguno, empero, (Ley 1437 2011, 2011) en el desarrollo de algunas operaciones ejecutadas por la Fuerza Pública se detectó que hubo bajas en presunto combate, que no se relacionan dentro del marco de las operaciones militares de protección a civiles, situación que llevo al juez más allá de toda duda razonable de que existía vulneración al bien jurídico de la vida, motivos por el cual algunos militares que habían obtenido sentencias de carácter condenatorio, decidieron acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz.

En estos casos el juzgamiento de los miembros de la Fuerza pública, por parte de los togados de la Jurisdicción Especial para la paz, deberá apreciar y evaluar los elementos de la responsabilidad de mando, las normas de derecho operacional, la ejecución de las mismas en cada operación táctica y la misión de cada orden de operaciones en aras de endilgar la responsabilidad de mando acorde a los estándares y lineamientos planteados en el derecho consuetudinario y Estatuto de Roma, en juego con lo contemplado en el artículo 24 del Acto Legislativo 001 de 2017, ahora ley 1957 de 2019, determinando si existe o no responsabilidad de mando de la Fuerza Pública a la luz del Derecho Operacional.

Es de anotar que es importante que una de los criterios orientadores para la configuración de la responsabilidad de mando es el artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual es la recopilación de la evolución del concepto de responsabilidad de mando a través de la historia, el cual constituye un elemento esencial para dar cumplimiento a los fines del estado y a los postulados de verdad justicia, reparación y sobre todo la no repetición.

Lo anterior para responder al interrogante de si existe responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública a la luz del Derecho Operacional en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, teniendo en cuenta que la figura de responsabilidad de mando contemplada en el artículo 24 del Acto Legislativo 001 de 2017, no es concordante con lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, dado que una de las particularidades es que los requisitos sean concomitantes, lo que generaría impunidad de los miembros de la Fuerza Pública frente a delitos cometidos bajo la figura de responsabilidad de mando.

El análisis del Derecho Operacional será pieza importante, toda vez que el mismo rige el nacimiento y ejecución de las órdenes de operaciones militares, donde se cometieron crímenes de guerra, solo que a través del estudio del funcionamiento de la estructura de la fuerza pública y como esta ópera se podrá determinar si existe o no responsabilidad de mando, por lo que es importante para el desarrollo de la presente investigación, analizarlo y generar lineamientos que permitan cero impunidades, garantía de los derechos de las víctimas, seguridad jurídica para los miembros de la Fuerza Pública y el no juzgamiento de la Corte Penal Internacional.

1. Objetivo general

Analizar la figura jurídica de la responsabilidad de mando de las Fuerzas Militares (Ejército de Colombia) por la comisión de eventuales crímenes de guerra en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz a la luz del Derecho Operacional.

2. Objetivos Específicos

1. Identificar la normatividad y desarrollo jurisprudencial relacionado con la responsabilidad de mando en la jurisdicción penal internacional, dentro de la comisión de crímenes de guerra.
2. Determinar la vigencia del derecho operacional frente a la comisión de crímenes de guerra de las Fuerzas Militares en el contexto del conflicto armado interno colombiano.
3. Establecer la responsabilidad de mando según el derecho operacional, en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz de los miembros de la Fuerza Pública

3.Responsabilidad de mando en el contexto Internacional

Los crímenes al interior de un conflicto son inminentes, el reto de cada Estado, constituye un precedente que edifican las leyes de la guerra, en pro de los principios *pro homine* y dignidad humana; la escala de mecanismos de protección que cada Estado crea, ratifica, consolidan evidencian el nivel de civilización, puesto que llegar a cero en la criminalidad de un pueblo es lograr el éxito. La terminación de un conflicto proclama verdad, justicia y reparación, pero más que esto busca que los responsables de crímenes de guerra comparezcan a un juicio penal para resarcir daños ocasionados a título de autor, participe o bajo la modalidad de responsabilidad de mando; ya que una debida aplicación gestará consolidación de derechos y esperanza de un mejor porvenir.

3.1. Caso Jean Pierre Bemba.

La responsabilidad de mando en el cierre de conflicto, constituye una garantía de derechos, como se evidenció en el caso del señor Jean Pierre Bemba al interior de la Corte Penal Internacional, el cual se ha constituido en un caso icónico por ser la primera vez que el órgano jurisdiccional toma posición frente a la cuestionada, en cuyo juicio se obtuvo una sentencia de carácter absolutorio, caso que se examinará de forma cronológica. La Corte Penal internacional el día 21 de marzo de 2016 condenó al político Jean Pierre Bemba, por la comisión de crímenes de guerra, violación, saqueo y asesinato, y crímenes de lesa humanidad, violación y asesinato, realizadas por sus tropas en los años 2002 y 2003. En la sentencia, enlistaron diversos requisitos

en las que se señalaron estándares que debían cumplirse para poder endilgar la responsabilidad de mando:

1. El sospechoso debe ser un superior militar o una persona que actúe efectivamente como superior.
 - (b) El sospechoso debe tener un mando y control efectivo o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto.
 - (c) Los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas.
 - (d) El sospechoso conocía o debido a las circunstancias vigentes al momento hubiere debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto.
 - (e) El sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de los mencionados delitos o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”.

Ante estos estándares se da un avance en la esfera del sujeto, civil o militar, el cual es una característica especial, la cualificación del sujeto. En el estándar de control efectivo, según concluye la Corte Penal Internacional para poder endilgarse tiene que reunirse los elementos relacionados a continuación:

1. La posición oficial como comandante dentro de una estructura militar.

2. El poder para dar órdenes.
3. La capacidad para asegurar el cumplimiento de las órdenes.
4. La capacidad para hacer cambios en la estructura.
5. El poder para promover, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas o para iniciar investigaciones.
6. La autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y para removerlas
7. El acceso directo al equipo de la milicia y a sus medios de comunicación.
8. El control sobre las finanzas.
9. La capacidad de representar externamente al grupo (Corte Penal Internacional, 2009).

La existencia de una relación superior-subordinado exige en todo caso que los superiores militares cuenten con un “mando y control efectivo” (de jure) o “autoridad y control efectivo” (de facto) sobre los subordinados que son responsables por los crímenes internacionales de que se trate. En el caso Bemba, la expresión “mando” y “autoridad” son análogas porque solo denotan la diferente naturaleza, modalidad y forma en la que los superiores militares de jure y de facto ejercen el control efectivo sobre sus subordinados. Esto significa que el grado de “control efectivo” requerido para ambos tipos de superiores militares es el mismo (Corte Penal Internacional, 2016).

Resáltese que en este estándar le da unas facultades al mando, esto es unas características de poder o autoridad en el cual él pueda tener mando frente a las tropas o subordinados, si bien es

cierto en una estructura militar se maneja una relación jerárquica, no todos tienen mando sobre la tropa, toda vez que existen militares sin mando y sin tropa, por lo que autoridad y mando están nivelados, zanjaría una discusión al interior del argot militar en el cual se desarrolla una operación militar, la diferencia entre estos dos conceptos sería crucial para endilgar la responsabilidad de un superior en lo contemplado en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

En cuanto al segundo estándar de prevención la Corte Penal Internacional ha identificado los ítems mencionados a continuación. El superior militar o civil debe:

“La CPI ha identificado las siguientes medidas de prevención:

1. Asegurarse de que los subordinados han sido entrenados en DIH;
2. Obtener informes sobre el cumplimiento de las acciones militares conforme al DIH;
3. Dictar órdenes para que la forma de actuar de las unidades se ajuste al DIH;
4. Emitir órdenes con la intención específica de prevenir los crímenes de que se trate; realizar discursos de rechazo de las conductas punibles;
5. Insistir ante autoridades superiores sobre la necesidad de tomar medidas inmediatas; posponer operaciones militares;
6. Suspender, excluir o remover a subordinados violentos;
7. Conducir operaciones militares que reduzca el riesgo de ciertos crímenes internacionales o se limiten las oportunidades para su comisión; y adoptar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes internacionales” (Corte Penal Internacional, 2016).

Frente a estos ítems, aparece un elemento fundamental, y es la formación y educación de los miembros de la Fuerza Pública en el Derecho Internacional Humanitario y en los Derechos Humanos, lo cual es un elemento fundamental desde el inicio de la operación militar hasta su ejecución. En lo pertinente al elemento subjetivo del deber de conocer, mostró que este no se presume, que se debe probar por cualquier medio, es decir por un testimonio o por un informe militar del área de operaciones (Corte Penal Internacional, 2016).

Una vez determinado que existe una conducta punible, el sujeto activo, es imprescindible la aparición de un tercer elemento que es el nexo causal, el cual ha sido concretado por la Corte Penal Internacional como: “El incremento del riesgo” de que las fuerzas subordinadas al superior cometan los crímenes internacionales, como resultado del incumplimiento de las obligaciones jurídicas del superior. Sentencia de Primera Instancia (Corte Penal Internacional, 2016). Una vez precisados los estándares de responsabilidad de mando la Corte Penal Internacional emitió sentencia condenatoria fundándola en estas razones:

1. La insuficiencia de medidas “que tomó el Sr. Bemba a la luz de su amplia capacidad material para prevenir y reprimir los crímenes.
2. No se aseguró de que las tropas de MLC en el CAR estuvieran debidamente entrenadas en las reglas de derecho internacional humanitario, y adecuadamente supervisado durante el 2002-2003 Operación CAR;
3. El inició investigaciones genuinas y completas sobre la comisión de delitos juzgando y castigando adecuadamente a cualquier soldado alegado cometido crímenes.

4. Emitió órdenes adicionales y claras a los comandantes de las tropas en el CAR para evitar la comisión de delitos;
5. Alterar el despliegue de tropas, por ejemplo, para minimizar el contacto con poblaciones civiles.
6. Quitó, reemplazó o despidió a los oficiales tolerar cualquier delito cometido en el CAR y / o (vi) compartido relevante información con las autoridades de CAR u otros y los apoyó en cualquier esfuerzo por investigar denuncias penales.
7. El estándar de control dio instrucciones para que las tropas progresaran en el campo; recibió informes diarios sobre operaciones y todos los asuntos designados con las tropas del MLC.
8. Retuvo el control de las fuerzas de MLC a través de su participación directa en planificación estratégica y apoyo táctico de operaciones de campo.
9. El Sr. Bemba fue notificado del hecho de que tenía el poder de alterar el despliegue de tropas para minimizar el contacto con las poblaciones civiles toda vez que desplegó las tropas de MLC en el CAR y que permaneció bajo su comando y control efectivo y que tenía el poder de retirarlos.
10. El señor Bemba tenía amplitud de poderes concretos para disciplinar sus fuerzas incluyendo cualquier limitación relevante, llegando a la conclusión de que tenía la autoridad disciplinaria sobre las tropas de MLC en el CAR", razón por la que la autoridad competente para investigar los crímenes e instituir tribunales marciales.

Ante la condena impuesta por la Corte Penal Internacional, el señor Jean Pierre Bemba, presentó recurso de apelación arguyendo las siguientes consideraciones:

1. No se adecuó su conducta en el estándar correcto, por consiguiente, un comandante solo puede tomar medidas que están dentro de su posibilidad militar.
2. Se comparó su conducta con una lista de medidas hipotéticas y que no está obligado a tomar las medidas retrospectivas.
3. El enfoque debió dirigirse en lo que era factible y practicable al momento de la comisión de los crímenes.
4. Bemba sostiene que "minimizar el contacto con la población civil "es una" idea específica", no abarcada por su supuesto control sobre las tropas y un hallazgo contra el cual no podía tener razonablemente se sabe que defiende.
5. Limitaciones jurisdiccionales y las dificultades para realizar investigaciones en un extranjero zona de guerra, fueron descartados o ignorados injustificadamente por la Sala de Primera Instancia.
6. El Sr. Bemba ejerció poderes disciplinarios en varias ocasiones en el CAR: al establecer la investigación de Mondonga; en el envío de una delegación de MLC a Civet; en un tribunal que llama a siete soldados detenidos en Bangui bajo la autoridad de que los soldados fueron entrenados de acuerdo con los códigos de conducta, cita al testigo D16, quien resalta que cada unidad tenía su propio consejo disciplinario responsable de que la población no sufriera daño y el código contenía como tratar la población civil.

7. La condena en parte se ha fundamentado en actos delictivos incluidos incorrectamente en el segundo cargo (Defensa Bemba, 2016).

El día 8 de junio la Corte Penal Internacional emite sentencia absolutoria argumentando: “La Sala de Primera Instancia cometió un error al condenar al Sr. Bemba de los actos, que no se enmarcaron dentro de los hechos y circunstancias descritos en los cargos”. Al respecto señaló:

1. El alcance del deber de tomar "todas las medidas necesarias y razonables" es conectado intrínsecamente a la capacidad material de un comandante para prevenir o reprimir la comisión de delitos o someter el asunto a las autoridades competentes para investigación y enjuiciamiento. De hecho, no se puede culpar a un comandante por omitir acciones que no estaba obligado a ejecutar. (Corte Penal Internacional, 2016, pág. 66).
2. Al evaluar la razonabilidad, el Tribunal debe refutar con otros parámetros, teniendo en cuenta las realidades operacionales en el terreno en el momento que enfrenta el comandante. El artículo 28 del Estatuto no es una forma de responsabilidad estricta. Los comandantes tienen permitido hacer un análisis de costo - beneficio al decidir qué medidas tomar, teniendo en cuenta su responsabilidad general de prevenir y reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados. Esto significa que un comandante puede tener en cuenta el impacto de medidas para prevenir o reprimir el comportamiento criminal en operaciones en curso o planificadas y puede elegir la medida menos disruptiva siempre que sea razonable que esta medida evitará o reprimirá los crímenes.

3. La Sala de Primera Instancia no prestó suficiente atención al hecho de que las tropas del MLC estaban operando en un país extranjero con las consiguientes dificultades en la capacidad del Sr. Bemba, como un mando a distancia, comportamiento que necesariamente varia las condiciones de control.
4. La Sala de Primera Instancia cometió un error al no apreciar adecuadamente las limitaciones que el Sr. Bemba enfrentó al investigar y enjuiciar delitos como comandante remoto enviando tropas a un país extranjero.
5. La Sala de Primera Instancia cometió un error al no abordar el argumento del Sr. Bemba de que envió una carta a las autoridades de la República Centroafricana antes de emitir sentencia que el Sr. Bemba no remitió las denuncias de crímenes a las autoridades de la CAR para su investigación.
6. La Sala de Primera Instancia cometió un error al tomar exegéticamente las motivaciones que le atribuían al Sr. Bemba indicaban una falta de autenticidad en la adopción de medidas para prevenir y reprimir la comisión de delitos.
7. La Sala de Primera Instancia cometió un error al atribuir al Sr. Bemba cualquier limitación que encontrara en el mandato, ejecución y / o resultados de las medidas tomadas.
8. La Sala de Primera Instancia cometió un error al encontrar que el Sr. Bemba no pudo autorizar a otros funcionarios del MLC a investigar y enjuiciar a los subalternos.
9. La Sala de Primera Instancia cometió un error al no dar ninguna indicación del número aproximado de los delitos cometidos y para evaluar el impacto de esto en la determinación de si el Sr. Bemba tomó todas las medidas necesarias y razonables.

10. La Sala de Primera Instancia cometió un error al tomar en cuenta el redespliegue de las tropas del MLC, por ejemplo, para evitar el contacto con la población civil como una medida disponible para el Sr. Bemba.

La Sala de Apelaciones al evaluar el material acumulativo de los errores cometidos en primera instancia decide absolver al señor Jean Pierre Bemba; enfatiza que los elementos constitutivos para la construcción del concepto de la responsabilidad de mando son minuciosos que permitirá correlación a la conducta, previo control posterior y el hecho de informar a las autoridades competentes, el elemento de carácter omisivo.

El nivel del análisis probatorio en esta sentencia se realizó con más cautela, cada prueba fue valorada en contexto, con rigidez legal y procedimental, haciendo énfasis en que nadie está obligado a lo imposible, en que la fiscalía no fue puntual en los cargos a imputar; situación que sentó un precedente sobre responsabilidad de mando y es que esta no es de carácter objetivo, y el órgano jurisdiccional tiene que ir más allá de toda duda razonable y esto solo se logra a través de una debida valoración probatoria, sin que haya lugar a duda, con los respectivos protocolos de la prueba y el ejercicio del derecho de contradicción.

Pero más allá de errores procedimentales, la sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, se enfocó en los derechos del acusado, lo cual sonaría escandaloso debido a los crímenes de guerra por los cuales fue llevado a la Corte Penal Internacional el señor Bemba, pretender una absolución burlaría los derechos de las víctimas y la rediseño social, pero es un

hecho que el acusado tiene derechos dentro del juicio y la responsabilidad del operador judicial a la luz de los tratados internacionales que afora al sindicado, es protegerlos, situación que permite cimentar juicios justos.

La ductilidad del derecho ha permitido su transformación en aras de construir el tejido social justo y equitativo, pero más allá de la responsabilidad de mando quedan las víctimas y una deuda con la sociedad, por lo que los altos índices de criminalidad aumentarían en conflictos venideros.

No se desconoce que esta sentencia hace un aporte al concepto de responsabilidad de mando, señalando sub reglas, que permitirán a los próximos procesados y a las víctimas tener un juicio riguroso, allegar las pruebas correspondientes para que la Corte Penal Internacional imponga responsabilidad o los absuelva, contribuyendo a que se tomen las medidas pertinentes para abolir los crímenes de guerra.

3.2. Posiciones doctrinales frente al concepto de responsabilidad de mando

La formación del concepto de responsabilidad de mando ha tenido autores que han versado sus conocimientos como se concreta a continuación:

“En la doctrina italiana, Chantal Meloni, distingue entre el deber de prevenir y el deber de denunciar los crímenes ex pacto, aunque en un momento de su razonamiento estima, que, en ambos casos, la literalidad del encabezamiento del artículo 28 ECPI es

determinante y obliga a considerar que se trata, en ambos casos de una responsabilidad por la que se imputa al superior los crímenes de sus subordinados.” (Garrocho, 2016)

“En la doctrina alemana están Thomas Weigend, Mnerlich y Lars Berster, quienes distinguen entre el deber de prevenir o evitar los crímenes y el deber de castigar o denunciar su comisión ex post facto. En el primer supuesto se estaría ante una forma de responsabilidad por el delito cometido por los subordinados, próxima a la autoría o a la participación omisiva, mientras que en el segundo caso (infracción del deber de castigar o denunciar) se estaría ante un delito autónomo que conformaría una omisión pura).” (Garrocho, 2016)

Ana María Garocho 2016, manifiesta “ Si se otorga el deber de denunciar o castigar un claro sentido impeditivo respecto a crímenes inminentes o futuros, podría considerarse que los tres deberes enunciados en el artículo 28 ECPI redundan en la evitación posible y debida de los crímenes por parte del superior y, a partir de ahí estimar que el art. 28 ECPI contiene una única clase de omisión punible, vinculada o referida a la evitación de un resultado lesivo, que los subordinados se proponen cometer o que ya están cometiendo”

Los doctrinantes anteriormente mencionados distinguen tres obligaciones constituidas en el artículo 28 del Estatuto de Roma, a su vez Ana María Garrocho, sostiene la doctrina mayoritaria articula su propuesta disgregando los deberes de prevención o evitación de los deberes de castigo o denuncia, considerando que en el artículo 28 ECPI, se consignan dos tipos de infracciones omisivas, anudando en cada caso consecuencias jurídicas distintas.

Ana María Garrocho 2016, agrega que, si se le otorga el deber de denunciar o castigar una orden clara respecto de crímenes inminentes o futuros a comparar que los tres deberes enunciados en el artículo 28 ECPI, redundan en la evitación posible y debida de los crímenes por parte del superior y a partir de ahí, estimar que el artículo 28 evitación de un resultado lesivo, que los subordinados se proponen cometer o que ya está cometiendo.

Kai Ambos (2005) define la responsabilidad de mando cuando “El superior no comete en el sentido de un delito de omisión impropia – los crímenes base de omisión de su deber de vigilancia, sino que omite –en el sentido de un delito de omisión propia- solamente la realización de determinados comportamientos debidos, con la consecuencia que no impide el resultado delictivo causado por los subordinados. A su vez reconoce que no existe duda al respecto de que el superior es responsable por los crímenes base cometidos mediante la conducta activa”

Los tratadistas anteriormente mencionados, coinciden en los siguientes aspectos frente al concepto de responsabilidad de mando:

1. El presunto responsable debe tener mando o control efectivo sobre las fuerzas que cometieron delitos previstos en los arts. 6 a 8 del Estatuto.
2. Los delitos resultaron de la omisión del Presunto responsable de un adecuado control sobre los subalternos.

3. El presunto responsable sabía o debía conocer de la comisión de los delitos.
4. El presunto responsable no adoptó las medidas necesarias y razonables para evitar o castigar la comisión del delito o se dejó de informar a las autoridades competentes.
5. La figura de responsabilidad de mando se debe tomar autónomamente, es decir es independiente de autoría, participación, negar la existencia de la misma o pretenden encasillar en un modelo de autoría, complicidad desdibujaría los cimientos de justicia social y los deberes del Estado frente a las víctimas.

En este sentido la autora Ana Garrocho, frente a la responsabilidad de mando, que ha citado los anteriores doctrinantes ha concluido: (Garrocho, 2016), se puede extraer tres clases de variantes de responsabilidad de mando relacionadas a continuación:

1. No adopte las medidas necesarias a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes en las instancias de investigación y juicio.
2. El segundo responde a un estándar subjetivo de imprudencia,
3. Responsabilidad por omisión: al no comunicar a autoridades competentes las acciones constitutivas de delitos.

Acorde a lo anterior se puede concluir que los tratadistas llegan a la conclusión de la independencia de la figura de responsabilidad de mando de las otras figuras de participación o coparticipación

criminal, puesto que entraña elementos específicos que garantizara los derechos de la población civil y victimarios.

3.3. Responsabilidad de mando en los Tribunales Internacionales

La responsabilidad de mando se ha gestado en pronunciamientos históricos de los tribunales como se ilustrará a continuación:

1. Tribunal de Tokio.

El concepto de responsabilidad de mando se remonta a la segunda posguerra, con el emblemático caso seguido contra el General Japonés Tomoyuki Yamashita, comandante del Ejército Japonés en Filipinas en el período comprendido entre 1944 y 1945, donde la Comisión Militar de los Estados Unidos lo condenó a muerte y cuyo argumento fue:

“Haber fallado a su deber como comandante de controlar las operaciones de las tropas bajo su mando permitiéndole cometer brutales atrocidades y graves crímenes contra personas de EE. UU, sus aliados y dependencias particularmente en las islas Filipinas, atribuyéndosele el incumplimiento de las obligaciones de mando que las normas nacionales e internacionales que le imponían.” (Garrocho, 2016).

“Yamashita fue enjuiciado por una violación a las leyes de la guerra que consistía en “haber omitido ilícitamente y haber faltado a su deber como comandante de controlar las operaciones

de las tropas bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y graves crímenes contra personas de EEUU, sus aliados y dependencias y particularmente en las islas Filipinas (Garrocho, 2016),” concluyendo con una sentencia a muerte en la horca.

El caso del general Yamashita ha sido considerado el hito de la responsabilidad de mando, aunque ha sido cuestionado porque probatoriamente no se logró comprobar que existiera un conocimiento pleno de las actividades que cometiera sus subordinados, sin embargo, se castigó el hecho de no tener un control efectivo sobre las tropas; concretándose dos elementos conocimiento y control que debe tener un superior militar en un conflicto o en una situación de hostilidades. Los argumentos de hecho y derecho esbozadas por la defensa de Yamashita carecieron de contundencia, toda vez que no se desvirtuó la falta de control efectivo sobre las tropas y los crímenes se originaron en periodos extensos.

El argumento de la sentencia en contra del General Yamashita fue precario y si se juzgara al general Yamashita con los criterios establecidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma, seguramente no se hubiese establecido más allá de toda duda razonable la responsabilidad de mando del general, en nuestro criterio los argumentos esbozados en la sentencia decantan una responsabilidad de carácter objetiva y si hubiese sido juzgado el general actualmente su suerte sin duda sería otra.

2. Tribunal De Núremberg.

El Tribunal de Núremberg avocó dentro de los juicios de graves crímenes de guerra el análisis de responsabilidad de mando, en él se enjuició a civiles y militares del nacionalsocialismo, por ordenar y planificar graves afectaciones contra el exterminio del pueblo judío (Garrocho, 2016). Dentro de este capítulo histórico se aplicó un modelo de justicia de vencedores. Uno de los casos más llamativos fue el adelantado contra Pol y otros, los argumentos de su sentencia fueron:

“Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante una obligación afirmativa para 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, para la prevención de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra.” (US v POHL et al., s.f., pág. 1011)

De los fallos de este Tribunal se enfatizó en la responsabilidad por omisión, pero lo más relevante fue la extensión de la responsabilidad a los jefes civiles y su jurisprudencia sentó precedentes sobre que el acusado, tenía que ser jefe civil o militar, decantando una relación jerárquica sin importar la organización militar, elemento que al día de hoy todavía persiste y constituye un estándar de imputación de responsabilidad de mando, y es uno de los conceptos que subsiste en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

3. Caso De Rehenes – Hostages Case

En el caso de rehenes, más conocido como Hostages Casé, en los estados de ocupación, las ratios deciden de la sentencia se fundamentó en que “los mandos responden por los hechos cometidos por tropas bajo su control efectivo, mientras que en los casos de los superiores en sectores de ocupación su responsabilidad se amplía conforme a los poderes ejecutivos delegados” (Garrocho, 2016). En el caso de rehenes, el superior respondía conforme al control dentro de su jurisdicción; aunado a esto “El tribunal argumento que los mandos militares no pueden alegar desconocimiento de unos hechos en su propio beneficio ante la recepción de informes.

En Este fallo se debatió el contenido probatorio pues era imperioso corroborar si los informes de los subalternos fueron puestos en conocimiento de sus superiores y en caso de presentarse una omisión de recibido, era indispensable que el comandante requiriera informes, para tener el conocimiento de las acciones de sus subalternas; reinó la prueba de conocimiento frente al control efectivo y posterior. El criterio probatorio era aquella que llevaba al conocimiento de todas las acciones encaminadas al control efectivo y posterior del comandante o superior. Con este fallo se allegó el criterio de “debería haber conocido” y cuyo argumento esencial es el siguiente:

“La comisión del delito no liga a todos los individuos de la cadena de mando, por este solo hecho. Debe existir un descuido personal. Ello solo puede ocurrir directamente atribuible a él, en que la propia ausencia de supervisión sobre sus subordinados, constituye una negligencia punible de su parte. En este último caso, la negligencia debe ser de tan grande magnitud, que resulte injustificada, una desatención inmoral de la acción de sus subordinados que este al nivel prácticamente de la aquiescencia. Ninguna otra interpretación del Derecho Internacional puede ir más allá de los principios básicos del Derecho Penal como lo conocen las naciones civilizadas” (US v POHL et al., s.f., pág. 544)

Se argumentó que el nivel de supervisión disminuye en la medida que se reduce el poder del comandante; es claro que para este Tribunal era imperioso el conocimiento, estándar que ha sido relevante en la codificación del artículo 28 del estatuto de Roma; el conocimiento fue más flexible frente al material probatorio allegado al sumario.

4. Tribunal Penal Internacional Para La Ex Yugoslavia.

En el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, el concepto de responsabilidad de mando enfatizó en la relación jerárquica superior- subordinado y las omisiones frente al control previo y otro posterior, para el momento de la consumación del crimen de guerra. Este Tribunal cimentó la responsabilidad del superior en la coexistencia de tres elementos:

- “1. La existencia de una relación entre el superior y el subordinado;
2. Que el superior supiese o tuviese razones para conocer que se iba a cometer o que se había cometido un delito y
3. Que el superior no tomase las medidas razonables para evitar o castigar al autor de los crímenes. (Garrocho, 2016)

La jurisprudencia de este Tribunal estableció que los superiores que cumplen una posición de autoridad deben responder por las conductas ilegales de sus subordinados, como está reconocido en el derecho consuetudinario y convencional, exigiendo un nexo causal entre la omisiva evitación de los crímenes cometidos y los cometidos por sus subordinados ex post facto, pues en estos casos

el crimen cometido por los subordinados estaba consumado, como se evidencia en el caso Halilovic, concluyendo:

“Según el artículo 7(3) la responsabilidad de mando es responsabilidad por omisión; El comandante es responsable por no realizar un acto requerido por el Derecho Internacional, por esta omisión es culpable, porque el Derecho Internacional impone un deber positivo sobre los superiores de evitar y castigar los delitos cometidos por sus subordinados, empero esto no significa que el comandante comparta la misma responsabilidad que los subordinados que cometieron los delitos; por el contrario, más que por los delitos cometidos por sus subordinados, el comandante deberá ser responsable por no actuar”. (Garrocho, 2016)

La imposición a un comandante de una sanción por responsabilidad por el incumplimiento de su deber ha de ser ponderada a luz de los delitos de sus subordinados; un comandante es responsable no como si hubiera cometido tales delitos por sí mismo, sino que es considerada en proporción a la gravedad de los delitos cometidos. La Sala considera que esto guarda relación con la lógica de la importancia que el Derecho Internacional Humanitario asigna a los bienes jurídicos protegidos, motivo por el cual impone la sanción a título de responsabilidad de mando (Tribunal Penal Internacional, s.f.). El 7 de diciembre de 1945, la Comisión sostuvo:

“Es absurdo (...) considerar asesino o violador a un comandante porque uno de sus soldados cometa un homicidio o una violación; se resaltó que cuando los homicidios, las violaciones, y las acciones sanguinarias y vengativas, son delitos generalizados, y no existe un intento eficaz por parte del comandante de descubrir y controlar los actos

delictivos, ese superior puede considerarse responsable, aun penalmente, por los actos ilícitos de sus tropas, dependiendo de la naturaleza de esos actos y las circunstancias que los rodean” (Friedman (ed.), 1972, pág. 1597).

En torno al caso de Naser Oric, ex comandante de las fuerzas bosnio-musulmanas en Srebrenica, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia lo condenó a dos años de prisión por abstenerse de tomar medidas para impedir el asesinato y el trato cruel e inhumano de prisioneros, en este caso hubo variación en la cadena de mando, en la transición de la comisión de los crímenes y recalándose que se establecían el quebrantamiento de las leyes de la guerra y que

“el nuevo mando que ejerce el control sobre los subordinados, siendo consciente de que se han cometido crímenes con anterioridad al cambio de cargo, no debe dejarlos impunes; control ex post-facto; a pesar que la defensa argumento que este no era responsable puesto que no fungió como comandante al momento de la consumación de los graves crímenes cometidos, el tribunal manifestó que se debe imponer responsabilidad, toda vez que se debió tomar medidas sancionatorias de sus subordinados, por los crímenes cometidos una vez se tomó el conocimiento, empero las acciones no se evidenciaron, lo que evidencia una omisión que da lugar a responsabilidad.” (Garrocho, 2016)

En el caso de Krnojelac el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia cambió la carga argumentativa sosteniendo: “El superior no responde conforme al art. 7.3 del estatuto, por los crímenes cometidos por sus inferiores, sino por incumplir su deber como superior de ejercer el

control sobre sus subordinados, dando pinceladas en torno a la concreción del elemento subjetivo y normativo que dan lugar a la positivización del contenido de la responsabilidad de mando.”

(Garrocho, 2016)

En este tribunal, la responsabilidad del superior categorizó los elementos de responsabilidad, tomó el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Núremberg, diferenció entre superior civil y militar, señalando que todos son susceptibles de responder por omisión de las conductas cometidas por sus subalternos, situación que se ve estipulada en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

La jurisprudencia de los tribunales precedentemente mencionados, esbozaron elementos cualitativos del sujeto (civil o militar), la existencia de una relación jerárquica, la omisión de un control efectivo y un control posterior, los conocimientos de la ilicitud de las conductas, los cuales fueron cruciales al momento de impartir un fallo, las pruebas cada vez se analizan frente al nexo causal y endilgar autónomamente la imputación de la responsabilidad de mando frente a otros tipos de dispositivos de imputación, si bien es cierto en alguna de sus sentencias se aplicó una responsabilidad de carácter objetivo, como el caso del general Yamashita, en el tribunal de Tokio, cada vez más se va evolucionando los estándares de la edificación de responsabilidad de mando de cara a las víctimas y a los victimarios para generar un buen debido proceso para proscribir la impunidad.

Pero no solo la jurisprudencia de los tribunales de cierre de conflictos, han contribuido a la elaboración del concepto de la figura de responsabilidad de mando; esta se ha construido con

instrumentos jurídicos como los Protocolos Adicionales de Ginebra, la norma consuetudinaria 153, los cuales se originaron antes de consagrar el artículo 28 del Estatuto de Roma, los cuales contribuyeron en el intento de abolición de crímenes de guerra.

3.4. Crimen de Guerra

De la mano de la evolución de la figura de responsabilidad de mando, se gesta el concepto de crimen de guerra, el cual es importante en los cierres de conflicto y constituye en elemento esencial puesto que es debido a que los pueblos han querido abolir estos comportamientos de las tropas y generar cero impunidades.

¿Cuándo se conceptuó crimen de guerra? Históricamente se contempla que “el primer instrumento internacional de reglamentación de un derecho humanitario a nivel internacional lo constituye la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 “Para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña”. A partir de este precedente, tuvieron lugar otros convenios que contribuyeron a la extensión y profundización del derecho humanitario y al desarrollo de las normas sobre la conducción de las hostilidades, entre las que destacan las Convenciones I y IV de La Haya de 1899 y de 1907 y su Reglamento anejo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, cuya vigencia se extiende hasta la actualidad y las Convenciones de Ginebra de 1906 y las dos de 1929, sobre el trato de prisioneros de guerra y sobre protección a heridos y enfermos en la guerra terrestre.

¿Qué es un crimen de Guerra?

La consagración de crimen de guerra a nivel doctrinal data de 1945, emisión realizada por el juez y tratadista Manead Lancha quien ostentó:

“Un crimen de Guerra es cualquier acto de violencia calificado como crimen, cometido durante y en conexión con una guerra en condiciones especialmente favorables, creado por la guerra y facilitando su comisión, el acto dirigido contra el otro estado beligerante, sus intereses o sus intereses. ciudadanos, contra civiles apátridas, a menos que esté justificado por la ley de guerra (Lachs, 1945, pág. 100).

Una de las primeras codificaciones se originó en Código Lieber, el cual consignó:

“Art. 44. Toda violencia desenfrenada cometida contra personas en el país invadido, toda destrucción de propiedad no ordenada por el oficial autorizado, todo robo, todo saqueo o saqueo, incluso después de un lugar por la fuerza principal, todas las violaciones, heridas, mutilaciones o asesinatos de los habitantes, están prohibidos bajo pena de muerte u otros castigos severos que puedan parecer adecuados para la gravedad del delito. Un soldado, oficial o privado, en el acto de cometer violencia, y desobedecer a un superior que le ordena abstenerse, puede ser legalmente asesinado en el acto por dicho superior (Schindler & Toman, 1996, pág. 3).

En esta codificación de crímenes de Guerra se amplió el espectro hacia los bienes, entendiéndose los bienes como elementos imperiosos para el desarrollo del ser humano, resáltese sin embargo, que la pena por cometer crímenes de guerra era la pena de muerte, pero aparece un elemento esencial para la presente tesis y es el hecho que el soldado no obedeciera las órdenes impartidas al escuadrón al que pertenecía, se presume que el superior hacia el control sobre la respectiva tropa, en la que cometió el crimen de guerra o infracciones a personas y bienes.

Los crímenes de guerra que se han consumado son un episodio que no se quiere olvidar y las políticas de prevención han venido mutando con el fin de lograr su minimización en los conflictos, creando reglas claras y conceptos claros para su abolición; como ha sido su evolución que se creó la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, la cual concluyó los crímenes de guerra como:

“El conjunto de interdicciones de carácter convencional y consuetudinario del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados que amenazan la paz y la confianza de la humanidad. Dicho de otro modo, son las infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados no son crímenes internacionales que atentan contra la paz y la credibilidad de la humanidad y ésta conclusión es producto del debate del último siglo en la materia.” No obstante, la adopción final de la noción de crímenes de guerra en el Estatuto de Roma abarca una gran mayoría de “violaciones graves”, “violaciones de excepcional gravedad”, o “infracciones graves”, precisando la consecuencia penal de cada interdicción” (Informe CDI, 1996, pág. 59).

El Estatuto de Roma, en su artículo 8 define los crímenes de guerra así: “A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente.

Del análisis del artículo 8 del Estatuto de Roma se pueden extraer los siguientes aspectos:

1. Se tienen que cometer como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de estos crímenes, se determina la gravedad de la conducta para que la fiscalía decida abrir la investigación de los hechos acaecidos.
2. El hecho de realizar una lista de las conductas que se estructuraría en un crimen de guerra, constituye de gran importancia toda vez que cimentaría el principio de legalidad para las futuras investigaciones, y de allí la activación de la parte sustancial y procesal de las partes del conflicto.
3. Hay pluralidad de bienes jurídicos tutelados.
4. El sujeto activo; las partes del conflicto.
5. El sujeto pasivo se puede identificar con precisión, puede ser individual o plural.
6. Se aplicará a los conflictos de carácter que no son de índole internacional.

7. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Con la recopilación de crimen de guerra, más allá de tener estándares para poder imputar una conducta punible, zanja unas reglas de legalidad a los procesos y solventa un conflicto pero no cualquier conflicto y no todas las conductas, cristalizando reglas de un proceso de derechos obligaciones, e incluso marca reglas como la 2c y 2e, segmentos fundamentales en el concepto de crimen de guerra en esencia Mejía Azuero sostiene que “el crimen de guerra no es nada más que una infracción grave al DIH, rescatando que no toda infracción es crimen de guerra, se tiene que ponderar en el contexto específico.”

Una vez determinado que es un crimen de guerra la consolidación que ha tenido al interior de un conflicto armado; señalando quien o quienes cometieron esta interdicción, es por ello que la responsabilidad de mando empieza a tomar fuerza ya que son los tipos penales que ninguna de las partes del conflicto puede infringir.

Los conceptos de responsabilidad de mando y crímenes de guerra seguirán evolucionando, y depende en gran medida de los avances de la humanidad y de los tribunales de cierre, crear estándares que contengan la imposición de reglas y normas frente a un juicio justo y la combinación de conceptos jurídicos y sociales dentro de unos escenarios políticos y económico

que potencialicen al ser humano en el desarrollo de sus dimensiones. De lo anterior se puede concluir:

1. La responsabilidad de mando ha sido una construcción histórica y su culmen ha sido el artículo 28 del Estatuto de Roma, de manera autónoma con discrepancia de lo contenido en el artículo 25 *ibídem*, destacando que no es una responsabilidad de carácter objetiva, sino que contrastan matices para su configuración y depende de cada uno de los estándares esbozados por la Corte Penal Internacional para su respectiva configuración.
2. Los crímenes de guerra han sido conceptualizados como grandes vulneraciones de derechos humanos en el estatuto de la Corte Penal Internacional, y ha sido definido como “Un crimen de Guerra es cualquier acto de violencia calificado como crimen, cometido durante y en conexión con una guerra en condiciones especialmente favorables, creado por la guerra y facilitando su comisión, el acto dirigido contra el otro Estado beligerante, sus intereses o sus intereses. ciudadanos, contra civiles apátridas, a menos que esté justificado por la ley de guerra (Lachs, 1945, pág. 100).
3. Solo en la medida que se logre dar el lugar apropiado a la figura de responsabilidad de mando, se despoje de elementos subjetivos y se analice cada caso en concreto se podrá establecer un equilibrio social estable y duradero.

4. Derecho Operacional en el Conflicto Armado Colombiano

“La guerra es el fracaso del derecho, no obstante, el derecho internacional humanitario es una pequeña luz que subsiste en medio de la oscuridad” JEAN CARLOS MEJIA AZUERO.

Los ojos del mundo residían en Colombia, el fin de la guerra aparentemente terminaba, episodio que fue aplaudido por unos y odiado por otros, se aclamaba una justicia de vencedores, es decir que las Fuerzas Militares no debían responder por los presuntos crímenes cometidos al interior del conflicto, puesto que era inaudito que los héroes de la patria fueran comparados con la guerrilla de la FARC-EP, era inadmisibile que el glorioso Ejército de Colombia, compareciera a los tribunales por defender los lineamientos constitucionales y este fuese el premio tras años de sacrificio de vidas, sueños y familias.

Llevar a juicio a los miembros de la Fuerza Pública por actuar a la luz de los estándares de buena fe, legalidad, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en cada una de las operaciones militares y hablar de crímenes de guerra, era semejante a una herejía; pero las acusaciones en contra de la Fuerza Pública empezaban a ensombrecer el historial de victorias en batallas con la que habían crecido los colombianos.

Las afirmaciones realizadas por José Miguel Vivanco, Director de las Américas de Human Rights Watch en las que sostenía: "Uno no puede dejar de preguntarse si alguna de las escarapelas en sus uniformes, o las promociones a lo largo de carreras “exitosas”, corresponden al asesinato de civiles inocentes cometidos hace más de una década" hacían eco en el pueblo colombiano, aunado con las noticias de periódicos como eldiario.es titulaban “El ejército colombiano mató a

10.000 civiles para mejorar la estadística en la guerra contra rebeldes”, comentario que acrecentaba la idea que la Fuerza Pública cometió crímenes de guerra y las oleadas incesantes de violencia acontecidas en Bojayá, Mapiripán y Soacha, hacían imperiosa la necesidad de su comparecencia en las mismas condiciones de los miembros de la Guerrilla de la FARC-EP al Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Tras negociaciones entre miembros de la Fuerza Pública y miembros de las FARC-EP, presiones de ONG, víctimas y defensores de derechos humanos, se ultimó llevar a los miembros de la Fuerza Pública al Tribunal, no valió los argumentos de los militares que aseveraban que esto sería una cacería de brujas y perdida la batalla, se iniciaron negociaciones para que esta comparecencia se originara con componentes diferenciales rescatando el mínimo de confianza de la Fuerza Pública ante los Acuerdos de Paz.

La confianza que se esperaba de la fuerza Pública, motivó a diseñar estrategias para la reestructuración del Ejército, llevando consigo la evolución de la doctrina militar, transformándose en doctrina damasco, “ la cual fue constituida sobre tres tareas importantes como son revisar, jerarquizar y actualizar, la doctrina damasco representa un cambio de paradigma en el que el ejército se moderniza y se adapta a los nuevos retos de la paz, desarrollando al máximo sus capacidades para dar respuesta a los requerimientos estratégicos en todos los entornos a nivel nacional, la cual da lineamientos para el desarrollo de operaciones terrestres.” (COLOMBIA, 2016); pero el logro relevante, fue la edificación de un trato diferencial, especialmente en el concepto de responsabilidad de mando como se consignó en el artículo 24 del Acto Legislativo 01

de 2017 y posteriormente en la ley 1927 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Las fuerzas militares sintieron que el trato diferencial es un elemento persuasivo para que los miembros de la Fuerza Pública accedieran al Tribunal de cierre, como fuerza legítima del Estado, incluso se presentó iniciativa del Partido Centro Democrático en cabeza de la senadora María Fernanda Cabal, para crear una Sala solo para juzgar a los militares, propuesta que no contó con la aprobación de los otros partidos políticos, razones que motivaron el hundimiento del proyecto.

Posiciones como las del movimiento Movice, argumentaba “Lo que preocupa al Movice es el artículo transitorio de la reforma constitucional referido al trato «diferenciado» a los miembros de las fuerzas militares y policiales.

En este artículo se matiza que “la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes». Eso, en la práctica, acaba con el criterio del Tratado de Roma -que ha desaparecido del Acuerdo de Paz al referirse a los militares, pero no a los guerrilleros- de la responsabilidad de mando» que indica que un jefe militar «será penalmente responsable por los crímenes (...) que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón

de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” (M.S, 2017). Empero los miembros de la Fuerza Pública seguían avanzando en las negociaciones y ACORE insistía en que “En esta oportunidad, los inmolados no son blasfemos, herejes, brujas o judeoconvertos como en el medioevo, sino los mandos de las Fuerzas Militares en los diferentes niveles. A su vez, los inquisidores provienen de sectores extremistas que inoculan odios viscerales, los cuales, en muchos casos, arrojan sus intereses con el justo dolor y deseo de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición de las víctimas.” (Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las fuerzas militares, 2017)

Diana Gómez Correal, vocera del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice), argumentaba: “Nos preocupa que el trato diferencial vaya a obstaculizar los derechos de las víctimas, sin poder identificar la criminalidad total como un fenómeno estructural en el desarrollo del Estado colombiano” en cuya tesis manifestaba la decadencia de la columna vertebral del acuerdo de paz y que las víctimas quedarían a la deriva, toda vez que existía la posibilidad de dejar impunes ciertos delitos cometidos por la Fuerza Pública, dado que en el acuerdo se consagró que una vez se acogieran los militares a la Jurisdicción Especial para la Paz se investigara y juzgara esto haría tránsito a cosa juzgada por lo que la impunidad quedaría materializada.

Las víctimas impugnaban que era imperativo que las partes en conflicto debían ser juzgadas bajo idéntico rasero y obtener una justicia real, empero si se analiza milimétricamente se puede llegar a la estructuración del trato diferencial era esencial, para que existía procesos justos a la luz de los principios constitucionales y legales, arguyendo que el juego de la guerra obedeció a ideales

diversos, estando los miembros de la fuerza Pública en una situación de desventaja por ser la fuerza legítima del Estado colombiano y sería el único camino para encontrar las proclamas de la sociedad, porque solo conociendo el arte de la guerra, el actuar de cada orden de operaciones a nivel táctico, evitando la limitación de derechos de víctimas y victimarios, tesis que fue de recibo por los miembros de la Fuerza Pública, miembros de las FARC-EP, gobierno y negociadores, motivo por el cual se consignó el trato diferencial en especial en la figura de responsabilidad de mando. Los miembros de las FARC-EP, ante el mencionado trato diferencial, argumentaron que preferían una “paz imperfecta que una guerra perfecta” no haciendo oposición al concepto de trato diferencial, conveniencia o estrategia esto solo la historia lo evidenciara.

Sin embargo, a otros medios manifestaron: “Esos cambios fueron firmados pero no acordados con las FARC, que en un comunicado hecho público el día 26 de noviembre, sólo dos días después de la firma del acuerdo, explicaba: «Las FARC-EP nunca han compartido la posición del Gobierno de regular unilateralmente determinados aspectos referidos al marco legal aplicable a los Agentes del Estado; no obstante, en esta ocasión, hemos aceptado algunas modificaciones por tratarse de una posición que el Gobierno ha presentado como innegociable». Y añadían: “...consideramos que esta actuación [unilateral] de última hora no podía ser motivo para retrasar aún más la firma del Acuerdo Final (...) Esperamos que no quede ninguna duda sobre la unilateralidad de los cambios efectuados y nuestra oposición a los mismos...”. (M.S, 2017)

Una vez consolidado el trato diferencial, esta abarcó el concepto de responsabilidad de mando, (ley 1957 2019, 2019) y en su interior se gestaron elementos normativos interesantes, como las

reglas operacionales, que sin duda alguna adentran en el Derecho Operacional, un derecho que no es derecho para unos, acéfalo para otros y un derecho tan real como el conflicto armado colombiano y con toda la rigurosidad como el derecho administrativo, el derecho civil o hasta el derecho penal.

4.1. ¿Pero qué es el Derecho Operacional?

“El derecho operacional ha sido concretado como “la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la Fuerza Pública; el cual regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de guerra, transición, estabilización o paz, en cuanto al uso de la fuerza.

El marco conceptual tiene su origen en el desarrollo positivo y consuetudinario, sustentado incluso desde la Primera (1899) y la Segunda (1907) Conferencias para la Paz, surgiendo el derecho de La Haya sobre medios y métodos de la conducción de hostilidades. Es decir, los fundamentos jurídicos mediatos del Derecho Operacional se encuentran en las normas de conducción de hostilidades que tienen el propósito de proteger personas y bienes durante una confrontación armada.

Se ha sostenido que el derecho operacional es un cuerpo normativo encargado de regular la planeación, preparación, ejecución, evaluación y el seguimiento de cualquier operación militar ya sea ofensiva o defensiva, que se desarrolle en tiempos de paz o bien en tiempos de guerra motivo por el cual el derecho operacional:

- a. Limita el uso de la fuerza y enseña al miembro de la Fuerza Pública la importancia de planear adecuadamente sus operaciones militares y
- b. Genera Límites fundamentales frente al uso de la fuerza en cualquier tipo de circunstancia fáctica; empero no está diseñado para evitar operar, sino para saber cumplir los deberes constitucionales, ya que el monopolio del uso de la fuerza se encuentra en cabeza de las Fuerzas Armadas por mandato soberano del pueblo y es su deber utilizarla cuando se requiera.” (Ejército de Colombia, 2019)

Para esta tesis, el Derecho Operacional es la integración de la normatividad internacional y nacional sobre el uso de la fuerza, por los miembros del Estado en el desarrollo de las operaciones militares, convergen acciones militares revestidas de legalidad y legitimidad consolidando el principio *pro homine*, consolidando las reglas operacionales y que comprende desde el inicio de la operación militar hasta su culminación.

4.2. ¿Pero cuándo se gestó el Derecho Operacional en Colombia y cuáles son las fuentes de derecho?

La definición del Derecho Operacional es una duda que embarga a más de un lector, toda vez que el centro de la confusión radica en señalar las fuentes de derecho las cuales se esbozan a continuación.

1. Fuente – Constitución Política.

El Derecho Operacional salvaguarda en su interior el mandato constitucional de salvaguardar la seguridad, la defensa y la soberanía, artículos 2, 3, 9 y 103; la defensa de la independencia artículos 9, 95.3 y 189; la defensa de la integridad del territorio nacional en consonancia con los artículos 24, 63, 72, 96, 101, 102, 150.4, 150.18, 196, 286, 300, 321, 322 y 329; artículos 93 ,94, 217, 218, 223, 296.

2. Fuente - La ley

1. Decreto 124 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley 1698 de 2013.
2. Artículo 3° de la Ley 1698 de 2013, Conceptuó el Derecho Operacional como la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia.
3. La Resolución 01633 del 5 de agosto de 2016 aprueba el manual de Derecho Operacional Terrestre (MFE 6-27) del Ejército Nacional de Colombia que “ofrece herramientas de interpretación para que los miembros del Ejército Nacional puedan resolver situaciones de complejidad jurídica operacional, con la aplicación de los principios rectores del Derecho Internacional Humanitario (DIH) o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), los cuales son marcos jurídicos que se complementan, coexisten y convergen en

los conflictos armados de carácter no internacional” (Ejército Nacional de Colombia, 2016).

1. Fuente - *Jurisprudencia Nacional*.

En la sentencia C-080 de 2018 se reconoce abiertamente el derecho operacional desde el Derecho Internacional Humanitario y se dan pinceladas de lo que constituye el cuestionado derecho, precisándolo como una *lex specialis* pues “es el resultado del quehacer militar lo que se evalúa con este derecho es el análisis del actuar y de sus resultados frente a los postulados constitucionales”. Adicionalmente, el Derecho Constitucional da el alcance real a la cualificación del “Derecho operacional de el DIH como *lex specialis*, esto es, que también genera un deber especial de rendir cuentas a las víctimas bajo la narrativa y el lenguaje especial de una guerra y lo que tristemente sucede en un escenario de irracionalidad” (Valencia, 2006). Al respecto, la Corte Constitucional señala: “Dichas reglas operacionales tienen entonces un marco constitucional, legal y jurisprudencial que se concretiza en instrucciones de índole administrativa sobre la conducción de operaciones y hostilidades, y, al ser aplicadas de acuerdo con el criterio de calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz” (Corte Constitucional, 2018).

De lo anterior se puede colegir que el derecho operacional tiene fuentes propias, es real, palmario y aplicable en aras de discusión para tomar decisiones, en pro de los derechos de las víctimas y acusados. ¿Entonces está vigente el Derecho Operacional? La respuesta a esta pregunta es

afirmativa, es vigente y reconocido que el Ministerio Público en procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo conceptuó:

“El Derecho Operacional-. Es el derecho que fluye en torno a estrategias, tácticas, planeación, preparación y ejecución de operaciones militares.

El Derecho Operacional es el cuerpo normativo que regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de transición, de estabilización o de paz, en cuanto al uso de los medios y métodos, tema éste que va ligado ineludiblemente por las condiciones de orden público y por los Tratados vinculantes que ha suscrito el Estado Colombiano y con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, s.f.).

2. *Fuente -Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Al igual que en la jurisprudencia nacional, en el sector internacional también encontramos pronunciamientos sobre el derecho operacional, como es el Caso denominado Cruz Sánchez ante Perú, adelantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se llevó a cabo peritaje por parte del doctor Jean Carlo Mejía Azuero, en donde se enfocó en el derecho operacional, sosteniendo:

“De acuerdo a los estándares internacionales, es aquella expresión técnica de la unión entre derechos humanos y derecho internacional humanitario que se encarga de estudiar y analizar todo el procedimiento militar de toma de decisiones y todo lo que tiene que ver ex ante durante y

después de una operación militar compleja o no compleja en donde participe en coordinación con otras agencias del Estado o pueda participar nacional o internacionalmente a través en coaliciones como la OTAN.

El Derecho Operacional tiene una naturaleza eminentemente técnica recoge lo mejor de los postulados de Derechos Humanos, lo mejor de los postulados de Derecho Internacional Humanitario aplicado a los conflictos armados y trata de enseñar cómo se debe hacer un planeamiento adecuado a una operación militar en el contexto de derechos humanos y derecho internacional humanitario” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

De las fuentes del derecho enlistadas en los numerales anteriores, se puede colegir que El Derecho Operacional está vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, es el uso de la fuerza en las operaciones militares, desde el informe de inteligencia hasta la ejecución de la orden de operaciones, todo congruente con los lineamientos geopolíticos, necesidad, proporcionalidad, ejecución y evaluación de las operaciones militares, bajo los postulados de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, con tintes de derecho público administrativo, analizado bajo el marco del artículo 218 de la Constitución, que responde a un orden jerárquico establecido por la ley; robusteciendo los mínimos y máximos de los Derechos Humanos, en pro del principio *pro homine*.

Para explicar más a fondo la vigencia del Derecho Operacional, se debe observar que las operaciones militares no son eslabones aislados, son el referente jerárquico de la fuerza pública,

dado que esta no permite la toma de decisiones autónomas de cada división, brigada o batallón, estas obedecen a una serie de actos administrativos que provienen de la autoridad máxima de las fuerzas militares constituidos de la siguiente forma:

- “1. Plan de Acción Nacional. (Presidencia)
2. Política de defensa. (Ministerio de Defensa Nacional).
3. Guía de Planeamiento Estratégico. (Político-Militar) Plan de Guerra.
4. (CGFM) l Plan de campaña. (EJC, ARC, FAC)
5. Plan de operaciones. (Unidades Operativas Mayores y Menores).
6. Orden de operaciones. unidades Tácticas (escritas, verbales y tipo calco).

De lo anterior se crea:

4. El plan de guerra.
5. El plan de campaña
6. El plan de operaciones
7. Orden de operaciones” (Militares, 2015)

Acorde a lo señalado en líneas anteriores se puede concluir que las Fuerzas Militares no son una rueda suelta del Estado, que el derecho operacional está vigente y responde al cumplimiento

de los fines constitucionales y legales, que son la respuesta de circunstancias geopolíticas y geoeconómicas que constituyen una pieza fundamental en el desarrollo del conflicto colombiano, todas las operaciones militares desarrolladas nacen con legitimidad y legalidad y se ejecutan, preparan y evalúan acorde al tipo de operación regular o irregular de la cadena de mando está integrada jerárquicamente a la luz del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.

A pesar de la vigencia y existencia del derecho operacional, todavía se cuestiona el actuar del Ejército de Colombia en sus diferentes actuaciones y que lleva a cuestionar:

¿Si el Derecho Operacional es sinónimo de impunidad? Este sin duda alguna fue un argumento que se utilizó para generar oposición en el trato diferencial; este concepto es un instrumento que no se quería contemplar, por desconocimiento o por simple presión, lo cual hubiera constituido un error a causa de que solo a través del derecho operacional se desentrañara los procedimientos tácticos que dieron origen a diversas operaciones militares y que hoy son objeto de análisis por parte de la jurisdicción de Jurisdicción Especial para la Paz.

Se puede deducir que el derecho operacional y por ende las reglas operacionales se encuentran en cada una de las operaciones militares, ratificándolo “ como un arte, una ciencia” que determina el resultado final en la toma de decisiones “El comandante emplea a todos los integrantes del estado mayor, con el fin de investigar a profundidad los alcances probables y los cursos de acción propios y enemigos enemigas” entendiéndose que el derecho operacional no es una ciencia pues

carecería de fuentes de derecho, pero este tiene su anclaje en la misma Constitución y reconocido en la sentencia C-674 de 2017.

Se considera que en el desarrollo de algunas operaciones militares se cometieron crímenes de guerra al interior del conflicto armado por parte de los miembros de la Fuerza Pública y es el derecho operacional la herramienta aplicable para limitar las debidas prácticas. Solo en el caso que en proceso judicial se aplique el Derecho Operacional, para emitir una sentencia más allá de toda duda razonable, si se cometieron crímenes de guerra, afirmando los derechos de los miembros de la Fuerza Pública y de las víctimas, toda vez que cada caso de operación militar y el conocimiento del operador judicial, reforzando el equilibrio procesal puesto que existe argot y procesos operacionales que es indispensable analizar en concordancia con la orden de operaciones, de la ventaja militar, principios de necesidad, proporcionalidad, blanco lícito con juicios justos.

¿Porque no aplicar el Derecho Operacional a los miembros de las FARC-EP? En un principio, se puede mencionar que el Derecho Operacional es la integración del Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, aunado al cumplimiento de misiones y postulados constitucionales en el uso de la fuerza, se tendría que agregar a los miembros de la FARC-EP, no obstante, el uso de la fuerza legítima radica en el Estado y este la administra a través de los miembros de la Fuerza Pública.

Bajo esa tesitura, el Derecho Operacional nace de un acto legítimo del Estado, estatus que no tiene los miembros de las FARC-EP, a su vez las reglas operacionales fueron creadas acorde a la

naturaleza del Estado, es decir las manifestaciones como los actos administrativos (orden de operaciones), situación que no compaginaría con la naturaleza de creación de las FARC-EP, ni con la manifestación de la voluntad de las mismas, que en ningún caso se debe aclarar que es un acto administrativo y por ende merecedor de reglas operacionales.

¿La pregunta a realizar posteriormente sería si se puede investigar, juzgar y condenar a los miembros de la Policía con el Derecho Operacional? La Fuerza Pública constituye un elemento esencial del Estado, compuesta por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, partiendo del artículo 218 constitucional que reza: "...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" (art. 218 CP) y varía en lo concerniente a las reglas de la guerra, por las condiciones y criterios de las reglas de operación son complejos y no convergen en la misma temática, por ende, en vano sería emplear el Derecho Operacional a las Fuerzas Militares; pese a que ellos cuentan con su propio derecho policial. Acorde con lo anterior se colige:

1. El Derecho Operacional es la integración de la normatividad internacional y nacional sobre el uso de la fuerza, por los agentes del Estado en el desarrollo de las operaciones militares, convergen acciones militares revestidas de legalidad y legitimidad afianzando el principio *pro homine*; consolidando las reglas operacionales y que comprende desde el inicio de la operación militar hasta su culminación.
2. El Derecho Operacional es un derecho positivo vigente, que deriva su naturaleza de la Constitución, de la ley y de la misma jurisprudencia constitucional, a su vez el Consejo de

Estado, la Procuraduría General de la Nación y el Tribunal Superior Militar han tomado el cuerpo de Derecho Operacional para dirimir asuntos contenciosos; negar su existencia sería anular una parte de la estructura militar y llegar a quebrantar los derechos de los administrados.

3. El trato diferencial al interior de los Acuerdos de Paz es imprescindible y fundamental tras la reglamentación y el conocimiento de todas las etapas de la orden de operaciones, que lleven al conocimiento pleno de los actores que participaron en su preparación y ejecución, esto respondiendo a la obligación que tiene el Estado de investigar y juzgar más aún de la materialización de los principios legales y constitucionales que tienen víctimas y victimarios.
4. El Derecho Operacional solo puede imponerse a los miembros de la Fuerza Pública debido a la naturaleza su creación, sus obligaciones que se derivan de los mandatos legales y constitucionales.

5. Responsabilidad de Mando y Derecho Operacional en el contexto colombiano

“La primera víctima cuando llega la guerra es la verdad” Hiram Johnson, 1917

Tras varias negociaciones sobre los alcances de la responsabilidad de mando por parte de la Fuerza Pública y las FARC-EP, finalmente en el Teatro Colón de Bogotá se firmó el Acuerdo de

Paz el 14 de noviembre de 2016, y el 4 de abril de 2017 se expidió el Acto Legislativo 001 de 2017, en cuyo artículo transitorio 24 se contempló:

“Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, posterior a la ejecución de la respectiva conducta, de acuerdo con los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber sucedido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las condiciones concurrentes:

a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de I modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente;
y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas elementales para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

La construcción de responsabilidad de Mando, en especial para los miembros de la fuerza pública, fue controversial, por la disparidad que contenía el artículo 24 del acto legislativo 001 de 2017 con el artículo 28 del Estatuto de Roma, sin embargo, se consignó bajo la venia de los miembros de las FARC-EP y el Gobierno Nacional; dichas diferencias se evidencian a continuación:

Tabla 1.

Responsabilidad de mando artículo 28 Estatuto de Roma, artículo 24 del acto legislativo 001 de 2017.

| CATEGORÍA | JEP | ESTATUTO DE ROMA |
|-----------|-----|------------------|
|-----------|-----|------------------|

| | | |
|----------------------------|---|---|
| Conocimiento de los hechos | Conocimiento probado | Conocimiento inferido, elementos de conocimiento. |
| Control efectivo | Control efectivo de la conducta criminal. 1. Responsabilidad geográfica. 2. Capacidad legal. 3. Capacidad efectiva. 4. Capacidad material directa. lo que limitaría la responsabilidad al superior directo; excluyendo los jefes de mayor jerarquía. 5. Tiene que cumplirse todos los requisitos, so pena de no darse el control efectivo del mando. | Control efectivo - materialmente el control- los tipos de capacidades hacen parte del derecho probatorio, no del derecho sustancial. Frente a la capacidad material directa, de tomar decisiones en general. |
| Mando | No realice las acciones | Realice acciones pre facto y pos facto. |
| Conocimiento | Actualizable | Conocimiento. |

Ante estas diferencias no se hicieron esperar las críticas, entre ellas la Fiscal de la Corte Penal Internacional quien manifestó:

“Aunque el concepto de responsabilidad de mando aparece claramente estipulado en el Estatuto de Roma, observo con cierta preocupación que en la versión final del acuerdo de paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente artículo 28 del estatuto.

No obstante, la definición que adopten en última instancia los legisladores tendrá que ajustarse al derecho constitucional al derecho internacional humanitario, al derecho operacional, pero sobre todo a la gran deuda que se tiene con colombiana y que solo mediante una investigación, un juicio y una sanción ya sea absolutoria o condenatoria será un bálsamo a nuestra humanidad.

La responsabilidad de mando con arreglo al Estatuto de Roma es aplicable cuando un comandante tiene “bajo su mando y control efectivo” subordinados que cometieron los delitos. En este enfoque, no se requiere que el comandante en cuestión ejerciera control efectivo sobre la propia conducta delictiva. La pregunta de si un comandante ejercía mando o control efectivo se responde simplemente con preguntarse si el superior tenía capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados” (Revista Semana, 2017).

En ese tenor Rodrigo Uprimny Yepes señaló:

“La llamada “responsabilidad del mando” es un tema técnico, que genera perplejidades incluso entre expertos, pues la legitimidad de la jurisdicción especial de paz (JEP) depende de las soluciones que van a dar en cada caso.

La lógica que anima este dispositivo es doble: i) que la mejor forma de evitar que los ejércitos, sean estatales o irregulares, cometan atrocidades en las guerras es imponiendo a los comandantes el deber de prevenirlas y sancionarlas si ocurren; y ii) que es justo castigar severamente a aquel comandante que omita gravemente ese deber de prevención o sanción, pues su negligencia ocasionó sufrimientos masivos inaceptables. Muchos comandantes; en el caso Bemba decidido recientemente por la Corte Penal Internacional (CPI), han sido entonces condenados por este tipo de responsabilidad.” (dejusticia, 2017)

Recalcando que responsabilidad de mando, según lo estipula el artículo 28 del Estatuto de Roma, no abarca a los miembros de la Fuerza Pública en los crímenes de guerra, no en un principio, aunque la Jurisdicción Especial para la Paz debería imputar cargos de responsabilidad de mando de conformidad a lo consignado en los Protocolos de Ginebra o en la norma consuetudinaria 153, puesto que en la misma se determina la responsabilidad que recae sobre el mando, lo que traería consigo determinación jurídica y justicia a las víctimas y militares que se sometían a la Jurisdicción Especial para la Paz y adicional que la Corte Penal Internacional no conozca de estos asuntos.

Las eventuales discrepancias existentes entre lo regulado en el artículo 28 del Estatuto de Roma y el contenido en el artículo 24 del Acto Legislativo 001 de 2017.

En el artículo 24 del Acto Legislativo se establece que deben ser concurrentes, diferencia del Estatuto de Roma, por otra parte, claro que habría responsables, pero no los responsables del mando,

toda vez que las órdenes de operaciones no son apéndices del Estado, sino ellas responden a un plan y/o programa institucional. Rodrigo Uprimny Yepes señala:

“En contravía con esa doctrina internacional, la reforma de la JEP establece que deben darse cuatro elementos concurrentes, que incluyen criterios formales y de facto, para concretar que existe control efectivo por parte de los mandos militares o policiales. Esos elementos son: i) que las atrocidades hayan sido cometidas “dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando”; ii) que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir, modificar y hacer cumplir órdenes, iii) que superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles; y iv) que “el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión” (dejusticia , 2017)

El articulado de la ley estatutaria da la razón a la representante de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y al doctor Uprimny sobre el concepto de responsabilidad de mando, argumentando que no solo dista del artículo 28 del Estatuto de Roma sino de los Protocolos de Ginebra y de la norma consuetudinaria 153, implementado una figura jurídica que más adelante abrirá las puertas a la Corte Penal Internacional. En la misma línea la Corte Constitucional manifestó:

“Las regulaciones del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, del Estatuto de Roma y de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario no serían títulos o estructuras autónomas de imputación, sino mandatos generales de penalización que deben ser concretados en el derecho interno a través de las categorías de la legislación doméstica. Desde

este punto de vista, los desarrollos del derecho internacional relativos a la responsabilidad de mando tendrían una doble relevancia: por un lado, constituirían un mandato en la legislación y la jurisprudencia del derecho interno, de suerte que aunque las formulaciones del derecho internacional del instituto de la responsabilidad de mando no constituye una estructura autónoma de imputación, sí debe tener encontrar un referente general o específico en el derecho interno; y adicionalmente, estas formulaciones delimitarían el ámbito de las competencias de la Corte Penal Internacional, y constituirían una hipótesis de responsabilidad que puede aplicar dicho tribunal”

Ante este aspecto, se connota que la Corte Constitucional en esta sentencia cercena la posibilidad de que la Jurisdicción Especial para la Paz impute responsabilidad de mando en la modalidad del Estatuto de Roma, como se conceptúa en los Protocolos de Ginebra o la Norma Consuetudinaria 153; dejando la puerta abierta ante la Corte Penal Internacional, la legitimidad de esta Jurisdicción junto con su credibilidad estaría en tela de juicio.

Se puede inferir que la consecución del restablecimiento social y jurídico es imperativo que la cadena de mando comparezca en su totalidad, analizando el proceso militar en toda su integridad, con ayuda de los cimientos internacionales de terminaciones de conflictos estableciéndose en una adecuada administración de justicia, se proyectará la no repetición de conductas; con lo anterior no se quiere decir que se juzgue a todos los militares por omisiones simples, ni que se realice cacería de brujas; se pide una justicia analítica y conocedora de derecho operacional que pueda contribuir a sanar heridas sociales con las cuales el Estado está en deuda.

En la misma sentencia la Corte Constitucional precisa que en la legislación doméstica, existen tipos penales que encajarían dentro de la responsabilidad de mando, en el entendido que se cometen varios delitos, desconociendo la esencia de la responsabilidad de mando y los aportes que a través de la historia han venido edificando este concepto y aportaría a la política criminal del Estado.

En este aspecto coincidimos con Kai Ambos cuando manifiesta que propiamente el citado instituto (refiriéndose a la responsabilidad de mando), no es una modalidad de omisión impropia, ni una forma de responsabilidad por participación, ni un crimen doloso con o sin representación, ni una forma de autoría mediata: no se trataría de una comisión por omisión porque lo que se castiga no son los delitos de base que le serían atribuidos por no evitar un resultado que tendría el deber jurídico de evitar, no por su condición de superior, sino por incumplir un deber de control de los subordinado, tampoco se trataría de una modalidad de participación, teniendo en cuenta que la responsabilidad del superior se estructura en función de la omisión de las medidas de control orientadas a impedir el hecho principal y en función del conocimiento positivo de la ignorancia negligente sobre la inminente comisión de los delitos, mientras que en la participación se estructura en función la contribución o ayuda a la comisión de los delitos y de la intención y querer deliberado en la realización de los hechos punible, sin ser asimilada a la autoría mediata, ya que esta última supone la emisión de una orden y en todo caso de una conducta positiva que tiene por objeto y efecto la comisión del crimen, mientras que en la responsabilidad del superior el delito se origina por la infracción a un deber de control, es decir, por una conducta omisión. Según Kai Ambos

“La responsabilidad por omisión del superior debe ser diferenciada de una eventual responsabilidad por participación (...) Desde el punto de vista objetivo la diferencia reside ante todo en que el superior es responsable en primera línea por la omisión de emprender las

medidas de control destinadas a impedir el hecho principal, mientras que el partícipe responde en razón de su ayuda -por lo general activa- al hecho principal (...) desde el punto de vista subjetivo la diferencia entre el art. 28 y la participación reside en que en el caso del superior es suficiente un saber positivo o una ignorancia negligente, mientras que, por el contrario, en el caso del partícipe se exige adicionalmente un querer (...)" (Ambos, 2005).

La responsabilidad de mando, configurada en el artículo 24 del acto legislativo 001 de 2017, y con posterioridad en la Ley 1957 de 2019 del 6 de junio, no establece claramente una responsabilidad de mando de un superior frente a los crímenes de guerra que cometieron sus subalternos, en la lectura de la misma y en la defensa de militares enfrentarían simplemente la ponderación de derechos, el principio de legalidad y debido proceso serían una situación contraproducente de cara a la obligación que tiene de investigar y juzgar los crímenes de guerra y la deuda que tiene con las víctimas y la entrada de la Corte Penal Internacional.

Desconoce la Corte Constitucional los esfuerzos que se han realizado para la abolición de la impunidad frente a la cadena de mando, toda vez que, si bien es cierto la responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma está contemplada en el artículo 28, en la misma tonalidad en el artículo 25 están las diferentes modalidades de imputación, lo que quiere decir que es esencial la separación de las formas de participación criminal para materializar la justicia.

Conexo a lo descrito en líneas preliminares, no se pretende hacer una cacería de brujas, como lo mencionó el vocero de ACORE cuando se creaba el concepto de responsabilidad de mando al

tenor del Estatuto de Roma, puesto que delimitarlo en concordancia con lo reglado en el Estatuto da seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública cerrándole las puertas a la Corte Penal Internacional y dando herramientas de un juicio justo fundamentado en el derecho operacional; y si bien es cierto no se ha ratificado por completo los crímenes de guerra, esta sería una excelente oportunidad para que los militares comparezcan y garanticen sus derechos.

Pero a pesar de lo analizado en líneas preliminares el elemento esencial en el desarrollo de responsabilidad de mando, es el derecho operacional, el cual permitirá conocerá el interior de una operación militar y dará luces certeza de lo sucedió. ¿Pero cómo se argumentaría la responsabilidad de mando a través del derecho operacional? Esta es una buena pregunta, una de las posibilidades es utilizando una metodología analítica, conociendo el interior de una orden de operaciones, cual tendrá que enfatizarse en cada caso en concreto, habida cuenta que las Fuerzas Militares funcionan de manera jerárquica, no aisladamente, respondiendo a criterios geopolíticos, geoeconómicos, entre otros, buscando una aplicación de justicia restaurativa con criterios de no repetición, por lo cual se esbozara

La metodología analítica han sido de gran ayuda al momento de estudiar un caso en concreto, pero también han generado múltiples problemas que se vislumbran en una baja carga de argumentación y altos niveles de especulación, rayando con la técnica argumentativa seria, es por ello que el enfoque de construcción será el principio de dignidad humana en el marco de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y este debe ser el punto de llegada si se quiere obtener juicios de valor y un juicio justo.

El conocimiento del derecho operacional constituirá elementos para juicios justos en donde se garantice los derechos de los miembros de la fuerza pública y las víctimas, un análisis a realizar podría centrarse en desentrañar estándares para la eventual configuración de mando a la luz del derecho operacional el cual deberá tener en cuenta las siguientes categorías, con la salvedad que cada caso en concreto es un universo probatorio en el cual el operador judicial tendrá la última palabra, tal como sucedió en el caso del señor Jean Pierre Bemba; tal como lo ilustra la corte Constitucional en sentencia C-093 de 2001 en donde ha manifestado:

“Es propio de una constitución democrática y pluralista como la colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad”

El conocimiento del argot militar tiene necesariamente un papel importante en la interpretación, y la edificación de obligaciones descritas en los diferentes manuales de operaciones, manuales de Estado Mayor rigen la acción de las fuerzas militares aunado al plan presidencial, Plan de guerra, resaltando una vez más que las ordenes de operaciones no se ejecutan de manera independiente, sino que hacen parte de una estructura jerárquica y organizada.

5.1. Descripción de estándares de derecho operacional para la eventual configuración de responsabilidad de mando.

Origen de la orden de operaciones

Las ordenes de operaciones, no nacen al azar ellas responden a necesidades geo políticas y de seguridad nacional que necesariamente dependen del plan nacional hace parte del plan nacional de desarrollo y la política de seguridad y defensa y el plan de guerra de las Fuerzas Militares respondiendo a postulados constitucionales y legales.

En este aspecto es necesario analizar la siguiente información:

1. Estándar I. Planeación y restructuración.

1. Plan nacional de Acción.
2. Informe de inteligencia y contrainteligencia, en la que se debe precisar; Objetivo de la misión de inteligencia; fuentes de la información e informe.
3. Se debe Establecer si el blanco es lícito y la ventaja militar, destacando si la ventaja es superior al daño incidental que se pueda generar en virtud del principio de proporcionalidad, limitación y proporcionalidad, esto ayudado con el criterio del DIH (mapas del área de operaciones, manuales de campaña, tiempo de ejecución).

Geografía del lugar- Análisis del terreno donde se ejecutó la orden de operaciones –erigir el control efectivo– desarrollo de comunicaciones.

4. Acto mediante el cual se aprobó la misión de inteligencia y contrainteligencia.
5. Informe de inteligencia en donde se desarrollan los puntos decisivos, críticos y enemigos en relación al curso de acción de las propias tropas.
6. Informe de inteligencia conclusivo.

7. Estándar II. Cualificación del sujeto.

Una vez obtenido el resultado del informe de inteligencia y la orden de realizar la respectiva operación militar en garantía de la seguridad nacional o de derechos fundamentales, es necesario determinar la calidad del sujeto, es de anotar que el superior puede ser un militar o un civil, en el caso de la presente tesis se enfocara a los miembros de la fuerza pública que intervienen, y será imperativo conocer cuál fue el superior militar que emitió la orden esto al tenor de lo consagrado en el Manual de derecho operacional y Manual de Organización Estado Mayor y operaciones 2005.

8. **Estándar III. Identificación del tipo de operación ejecutada por los miembros de la Fuerza Pública.**

Al interior de las filas castrenses se desarrollan varias operaciones entre ellas.

1. “Operación irregular.
2. Operación regular.
3. Operación de control territorial.
4. Operaciones psicológicas
5. Operaciones de acciones defensivas
6. Operación veta. Estas solo las autoriza el Presidente de la República”. (Colombia, 2010)
7. Análisis del derecho aplicable al tipo de operación militar. Derecho internacional humanitario – Derechos Humanos. (Obligatorio).
8. **Estándar IV. Componentes de la orden de operaciones.**

Una vez determinada cada orden de operaciones es apremiante determinar las siguientes actividades.

1. Movimientos del enemigo – A qué grupo pertenece.
2. Medidas de protección que se adoptaran para las personas civiles, medio ambientales acorde al Derecho Internacional Humanitario.
3. Identificación de puntos críticos.

4. Análisis del derecho aplicable al tipo de operación militar. Derecho Internacional Humanitario – Derechos Humanos (Obligatorio).
5. Informe del oficial de operaciones, sobre las técnicas y métodos que usó el estado mayor durante el juego de la guerra, ventajas y desventajas de cada operación.

6. Estándar V. Identificación de la Estructura Geográfica (División, Brigada, Batallón) que coordinara y ejecutar la orden de Operaciones.

1. Nombre de la división, batallón y número de contingentes que participaron.
2. Medios a utilizar: aéreos, terrestres y marítimos. Identificados y relacionados.
3. Informe de la administración de los riesgos de operaciones militares - riesgo táctico.

4. Estándar VI: Movimiento y ocupación de la zona de operaciones

1. Acto administrativo mediante el cual se le entregó las tropas a un superior militar, en este aspecto se debe ser muy cuidadoso al momento de la cualificación del sujeto, toda vez que en el artículo 24 del Acto Legislativo 1 de 2017 supone un superior *de iure*, subrayando que las Fuerzas Militares tiene los dos componentes, de iure y de facto, situación por la cual no solo el nombramiento sería prueba sumaria de la cualificación del sujeto establecido en la Ley 1759 de 2019 (Estatutaria de la JEP); argumentos que hacen

imperativo el análisis en contexto con ayuda de los manuales de operaciones y funciones del estado mayor, por cuanto se puede precisar la capacidad material de prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados lo cual constituye la esencia de la responsabilidad de mando.

2. Identificar los dispositivos de seguridad que serán utilizados en la operación militar.
 3. Número de soldados asignados a la operación militar.
 4. Actas de formación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de las tropas.
 5. Militar a cargo del desarrollo de la operación militar - uso de la fuerza - medición de la misma.
 6. Identificación de coordenadas.
 7. Informe de Movimientos de tropas (insitop).
 8. Informe de armamento asignado, acta de entrega asignada a cada miembro de la fuerza pública con su respectiva entrega.
 9. Informe de consignas militares- militares a cargo.
- 10. Estándar VII. Asalto y consolidación de objetivos.**
1. Informes de División, Brigada, Batallón, Compañía, guía a nivel de ataque, esquema de maniobra de la operación militar.

2. Informe de movimiento de tropas semanal.
3. Capacidad de toma de decisiones, movimiento de tropas.
4. Informe del curso de acción para proyectar posibles bajas de personal en combate y el apoyo de servicio para el combate.
5. Informe de personal - informe de novedades de personal -consolidado semanalmente- informe de tropas- y localización de las mismas (informes diarios).
6. Radiogramas enviados en el transcurso de la operación.
7. Actas de formación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de las tropas.
8. Radiogramas temporo-espaciales del lugar donde se ejecutó la misión.

9. **Estándar VIII. Resultados operacionales.**
 1. Informe de bajas en combate.
 2. Informe de gastos de munición, hacer un cotejo con la munición asignada al inicio de la operación militar.
 3. Informe al batallón de los resultados de la operación militar.
 4. Evaluación de la operación militar. El control de la vulneración de bienes jurídicos tutelados impone la obligación al superior de poner en conocimiento las anomalías frente a las autoridades competentes.

Los estándares ilustrados con anterioridad, podrán eventualmente determinar la responsabilidad de mando de los miembros de la fuerza pública a la luz del derecho operacional, empero será una herramienta de defensa de los mismos para determinar que su actuar fue realizado a la luz del derecho operacional en el entendido que se respetaron los estándares de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humano construyendo juicios justos con las garantías procesales y legales propias de cada proceso.

La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá la obligación de verificar la idoneidad de la imputación de la responsabilidad de mando en los crímenes de guerra al tenor de la figura de responsabilidad de mando al Estatuto de Roma, Norma consuetudinaria 153 de lo contrario a lo que sostiene la Corte Constitucional, si bien es cierto en la legislación colombiana existe gran repertorio para la imputación penal, no puede tipificar en uno de estos tipos penales la responsabilidad del superior ante la comisión de crímenes de guerra, so pena de vulneración de derechos de las víctimas y de los miembros de la fuerza pública.

Se enfatiza que la responsabilidad de mando requiere un delito o delitos bases, no es investigar por investigar, es el resultado de un análisis de una relación jerárquica en la toma de decisiones, en el marco del derecho operacional; es analizar cada pieza pero no aisladamente, sino de conformidad al plan de desarrollo, las políticas estatales y los informes de inteligencia con los resultados obtenidos, teniendo en cuenta el derecho operacional el cual es garantía de no impunidad y cerrara las puertas de la Corte Penal Internacional. Es cerrar un ciclo de guerra y

odios donde la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición dejaran de ser condiciones con tintes utópicos.

6. Conclusiones

1. La responsabilidad de mando, se encuentra configurada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, en el cual se establece tres estándares para su configuración, destacando en su inicio que “ A demás de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con lo dispuesto en este Estatuto” En igual sentido se encuentra la norma consuetudinaria número 153 y el protocolo adicional de Ginebra I artículo 86, los cuales se encuentran vigentes, y responden a un fenómeno de imputación de actos lesivos, que se producen a causa de omisiones y acciones por parte de un superior militar o civil.
2. La Jurisprudencia Histórica de los Tribunales de cierre de conflicto, han contribuido a la conceptualización de la figura de responsabilidad de mando, desde el tribunal de Tokio, tribunal de Núremberg y el de la Antigua Yugoslavia, configurándola de manera autónoma, diferente a las modalidades de participación y coparticipación criminal; enriqueciendo cada vez más los elementos subjetivos del tipo delictivo, el conocimiento y la aceptación, el plan común entre superiores y subordinados, las circunstancias fácticas que permitan dominar las actuaciones que vulneren los bienes jurídicamente tutelados.
3. El Derecho Operacional es un derecho positivo vigente, que deriva su naturaleza de la Constitución, la ley y la jurisprudencia nacional e internacional; tan vigente que la

Procuraduría General de la Nación ha reconocido el concepto de derecho operacional, siendo utilizado por sus funcionarios para emitir conceptos ante el Consejo de Estado; A su vez el Tribunal Superior Militar han tomado el cuerpo de Derecho Operacional para dirimir asuntos contenciosos; negar su existencia sería anular una parte de la estructura militar y llegar a quebrantar los derechos de los administrados.

4. El derecho operación es la integración de la normatividad internacional y nacional sobre el uso de la fuerza, por los agentes del Estado en el desarrollo de las operaciones militares, convergen acciones militares revestidas de legalidad y legitimidad afianzando el principio *pro homine*; consolidando las reglas operacionales y que comprende desde el inicio de la operación militar hasta su culminación.

5. En eventuales casos se podrá imponer responsabilidad de mando a los miembros de la fuerza pública a la luz del derecho operacional, esto bajo el análisis en conjunto de las reglas operacionales, que de manera concomitante se convertirán en un mecanismo de defensa sustancial y procesal en los diferentes juicios que se adelantaran, toda vez que el conocimiento del derecho operacional ilustrara a los operadores judiciales de la actuación de los militares en todo en el contexto preciso y conciso para la garantía de los derechos de las víctimas y la fuerza pública.

6. La adecuada configuración de la responsabilidad de mando acorde a los estándares internacionales, no soslayará los derechos de los uniformados, ni las víctimas, será una garantía

para sus derechos, puesto que evitará la entrada de la Corte Penal Internacional y de manera simultánea la materialización de los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición.

7. Es fundamental que, en el desarrollo de los procesos judiciales adelantados en contra de los militares, los operadores de la Jurisdicción Especial Para la Paz tengan formación en argot militar lo que conllevara a un mayor entendimiento del derecho operacional y garantías de víctimas y miembros de la fuerza pública aunado a la materialización de los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición.
8. Es imperioso reconocer la figura de responsabilidad de mando acorde a los estándares internacionales de manera autónoma, no como forma de coparticipación criminal, situación que materializará los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición.
9. Si bien es cierto las reglas operacionales y el Derecho son criterios que deberá analizar el Magistrado, en nuestra consideración es un camino justo y equitativo que permitirá la materialización de la justicia restaurativa el conocimiento pleno de los hechos y derechos que en ocasiones son vulnerados por las autoridades judiciales; el reto es grande y solo en el punto en que se logre dar un desprendimiento de lo pasional (siendo consiente que algunos escenarios son grotescos) y centrando en lo objetivo se logrará la reestructuración social, puesto que lo contrario nos llevaría un escenario como lo sucedido en el caso del señor Jean Pierre Bemba.

Referencias Bibliográficas

Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Ezequiel Malarino (trad.). Montevideo: Duncker y Humboldt, Konrad Adenauer Stiftung y Ed. Temis p. 299-300.

Amira Rossih, (2017), Colombia plural, Bogotá. Obtenido de <https://colombiaplural.com/los-militares-ganan-justicia-transicional-sera-diferente-la-las-farc/>

Barbosa Castillo, G., & Bernal Pulido, C. (s.f.). *Análisis del contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia C-080*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Audiencia Cruz Sanchez y Otros frente a Perú*.

Corte Penal Internacional. (2009). *Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba, Sala de Cuestiones Preliminares II*.

Corte Penal Internacional. (2016). *Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, Sala de Primera Instancia III.*

Cruz Sánchez, (2015), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, obtenido de <https://vimeopro.com/corteidh/caso-cruz-sanchez-y-otros-vs-peru/video/85782261>

Defensa Bemba. (2016). *Apelación.*

Ejército de Colombia. (2019). *¿Qué es el Derecho Operacional?* Obtenido de https://www.ejercito.mil.co/departamento_juridico_integral/dd_hh_dih/que_es_derecho_operacional

Ejército nacional de Colombia, (2016), Bogotá. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=QeoTdLgEwCA>

Ejército Nacional de Colombia. (5 de agosto de 2016). *Resolución 01633. Manual fundamental del Ejército. Derecho operacional terrestre. Documento MFE 6-27.* Obtenido de <https://cedoe.mil.co/?idcategoria=3235&download=Y>.

Espejo Muños, (2017), Asociación colombiana de oficiales en retiro de las fuerzas militares, Bogotá. Obtenido de <https://www.acore.org.co/boletin-acore/la-responsabilidad-del-mando/>

Friedman (ed.). (1972). *The Law of war vol II*.

Garrocho, A. M. (2016). *La responsabilidad del superior por omisión en el derecho penal internacional*.

Informe CDI. (1996). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48o período de sesiones, 157 págs.*

Lachs, M. (1945). *Crímenes de guerra: un intento de definir los problemas*. Londres: Ste

Ley 1437 de enero 18 de 2011.

Manual de derecho operacional 2 edición Fuerzas militares de Colombia 2 edición vens.

Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado. (s.f.). *Expediente N° 42180 (05001233100020050541301)*.

Revista Semana. (2017). *El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>

Schindler, D., & Toman, J. (1996). *Droit des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*. Genève: Colección CICR / Institut Henry Dunant.

Tribunal Penal Internacional. (s.f.). *Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic*,

Uprimny Yepes, (2017), *Derecho Justicia Sociedad*, Bogotá. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/column/responsabilidad-del-mando/>

US v POHL et al. (safe). (*case 4*), *Trials of Criminal War*. (TWC, vol. V, pp. 958-1163.