

LUIS EDUARDO DAZA TOVAR

POSICIÓN DE GARANTE DEL COMANDANTE MILITAR

**(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Ciencias Penales y
Criminológicas)**

Bogotá D.C., Colombia

2020

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

Rector:

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General:

Dra. Marta Hinestroza Rey

**Director Departamento:
Derecho Penal**

Dr. Jaime Bernal Cuellar

Director de Monografía:

Dr. Alberto Suárez Sánchez

Presidente de Monografía:

Dr. Jaime Bernal Cuellar

Dedicatoria

A Dios por revestirme de gracia y sabiduría para afrontar cada uno de mis retos personales y profesionales, a mi familia en su totalidad teniendo en cuenta el amor y sacrificio económico de mis padres, el desvelo y amor de mi abuelita Olga y sus hermanas por el grandioso ejemplo, el cariño especial de mi hermano Andrés Camilo Daza Tovar, el orgullo que siento, admiración y gran falta que me hace mi abuelito Juan Bautista Daza Araque, quien hubiese disfrutado al máximo de este título y a quien desde el cielo dedico mi esmero, no podría faltar mi esposa Cindy Lorena Chavarro Moreno, quien con su amor y pujanza hacen que mis días sean muy felices y como no mi hija y primogénita Ana María Daza Chavarro quien fue toda mi inspiración para mis desvelos y sacrificio constante para sacar adelante este trabajo, sin ella nada sería posible. A toda mi familia de Bucaramanga y de todos los rincones de Colombia y del exterior quiero expresar mi más sincera gratitud y declarar que Dios siempre nos mantenga unidos y revestidos de prosperidad y salud. Hago extensiva la dedicatoria a mi gloriosa Institución y a todos los soldados de Colombia quienes con su trabajo incansable hacen que este servidor se preocupe por su seguridad jurídica. Un reconocimiento especial a mi General Javier Alberto Ayala Amaya, quien con su templanza y ejemplo han hecho destacar y sobresalir el rol del asesor jurídico militar dentro de la Institución, a mi Coronel Fabián Ricardo Vargas Sáenz quien fue mi apoyo para darme permiso y poder estudiar esta maestría. Así mismo hago extensiva mi gratitud al doctor Jean Carlo Mejía Azuero quien es el gran artífice y académico del derecho operacional para nuestro país. Por último un reconocimiento muy especial y con las entrañas de mi ser, al Doctor Alberto Suárez Sánchez, por su dedicación y tiempo para sacar adelante este proyecto, el cual irradia la catedra con su experiencia y su excelso profesionalismo.

Tabla de contenido

Introducción	6
1 Capítulo I. Miembros del ejército nacional de Colombia	10
1.1 Presunción de legalidad en las actuaciones de los miembros de las fuerzas militares y de policía en el periodo conocido como el conflicto armado interno colombiano	18
1.2 Eficacia en la aplicabilidad de la justicia transicional para los miembros de la fuerza pública	28
1.3 Obediencia debida como causal de ausencia de responsabilidad	33
2 Capítulo II. Derecho internacional y estándares internacionales que delimitan el concepto de la posición de garante	42
2.1 Generalidades	42
2.2 Definición de la posición de garante	44
2.3 Concepto y marco jurídico del derecho operacional	46
2.4 La responsabilidad del asesor jurídico operacional	53
2.5 Instrumentos internacionales que delimitan la responsabilidad del comandante militar	53
2.6 Elementos de la responsabilidad del mando y posición de garante	58
2.6.1 Del control efectivo sobre los subordinados	59
2.6.2 Del elemento cognitivo	60
2.6.3 Ausencia de toma de medidas necesarias y razonables	61

2.7	Conducta omisiva y posición de garante en el derecho español.....	62
3	Capítulo III. De la posición de garante en Colombia.....	67
3.1	Principio de solidaridad	68
3.2	Posición de garante miembros de la fuerza pública	71
3.3	Riesgos para los bienes jurídicos.....	77
3.4	Vinculación institucional.....	78
3.5	La posición de garante del comandante militar en los delitos de omisión	81
3.5.1	Omisión Propia.....	81
3.5.2	Omisión Impropia	82
3.6	Interpretación de la posición de garante por parte del consejo de estado en función de las fuerzas militares.....	89
4	Conclusiones	92
5	Bibliografía	98

Introducción

El comandante militar ha sido durante los más de 200 años de existencia de nuestro glorioso Ejército Nacional, un bastión y soporte fundamental para la existencia del Estado Nación, a lo largo de la historia se ha convertido en un artífice de la democracia, los valores y principios del Estado de derecho, razón por la cual es fuente de inspiración para este trabajo, el cual surge como una respuesta y un análisis plausible de cada una de las acciones que a diario tienen que ejecutar los miembros de las fuerzas militares y de policía nacional en pro de ser garantes de la institucionalidad. Es por ese papel fundamental que a diario desempeñan nuestros hombres y mujeres de pixelado, que demanda mayor capacitación, mayor compromiso y entrega por los colombianos que en múltiples ocasiones renuncian a su misma familia por cumplir la misión.

A lo largo de este camino de sacrificio y entrega por el país, en constante evolución institucional se ha desarrollado paralelamente como concepto y como ciencia del derecho el derecho operacional, como una ciencia que se encarga de estudiar tanto el comportamiento ético superior del comandante militar y sus subalternos, así como también cada una de las situaciones en las cuales se puede enfrentar el soldado colombiano de acuerdo al ambiente operacional que en nuestro país ha significado el conflicto armado interno por más de cincuenta años, con un nivel de complejidad único en el mundo y que a la postre aún continúa estando presente con los grupos armados organizados y de delincuencia organizada. Al respecto el comandante militar ha tenido que enfrentarse a situaciones jurídicas que en múltiples ocasiones por su misma calidad de garante no ha salido adelante en los juicios de responsabilidad que se le endilgan por el comportamiento de sus subalternos. De allí surge la necesidad de estudiar a la luz del derecho operacional la posición de garante del comandante militar, en el sentido de mirar a fondo cual es

la posición de la rama judicial, con miras a analizar las conductas dentro del ámbito del derecho operacional y si a nuestros hombres y mujeres que componen el sistema de las fuerzas militares y de policía, se les están investigando detenidamente dentro de la posición de garante teniendo como soporte y referencia el derecho operacional.

En el universo de la doctrina militar, el componente de soldado - Estado tiene un papel muy protagónico para los más altos intereses de la sociedad, de allí que en este texto se van a fijar cada una de las pautas que en doctrina militar a través de los estándares internacionales se soportan como base fundamental para la construcción del derecho operacional, así como también el fundamento teórico – jurídico de la responsabilidad del comandante militar por su posición de garante, reuniendo cada uno de sus elementos esenciales dentro del *ius cogens*, como también analizando internamente a partir de la jurisprudencia emitida por las altas cortes respecto del criterio y la valoración de la conducta del comandante militar a la luz del *ius puniendi*. Así mismo, teniendo presente que la responsabilidad penal del comandante militar al ser funcionario público da cabida a la responsabilidad patrimonial del Estado, se abordará de forma general la posición contenciosa administrativa del Estado como producto de la responsabilidad penal del comandante militar dentro de su posición de garante.

Actualmente la temática desarrollada en el presente escrito reviste de toda la actualidad para el marco jurídico de la justicia transicional, puesto que a cada uno de los miembros activos y retirados de la fuerza pública que con ocasión al conflicto armado están siendo investigados por violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, se les debe garantizar su debido proceso a la luz de los estándares internacionales y del acuerdo final entre el Gobierno Nacional y las Farc. Por tanto, es importante conocer el alcance normativo de

la jurisdicción especial para la paz, de cara a analizar si se están valorando las conductas con relación al derecho operacional.

Finalmente, la intención de esta obra va encaminada a que los estudiantes de derecho, profesores universitarios y todo el personal que directa o indirectamente influyen en las decisiones jurídicas de nuestra sociedad, conozcan de primera mano que el personal de las fuerzas militares y de policía nacional, en su doctrina interna y a lo largo de su constante evolución, siempre han desarrollado sus operaciones militares y operativos policiales a la luz del derecho operacional, el cual como se verá a lo largo de esta obra, ha sido reconocido de forma expresa por primera vez a partir de las sentencias C - 674 de 2017 y C- 080 de 2018, las cuales abordaron su estudio frente al marco jurídico para la paz, centrándose en el reglamento de la administración de justicia para la Jurisdicción Especial para la Paz.

Paralelamente se configura el estudio de la posición de garante a efectos de analizar la conducta punible del comandante militar con los elementos característicos de la omisión impropia, donde se pretende ejemplificar la estructura de los delitos de resultado y las circunstancias que delimitan la situación de peligro en las cuales los miembros de las fuerzas militares y de policía están en constante relación por su servicio.

Por lo tanto el presente trabajo está determinado en todo su contenido no solo a conocer en el aspecto normativo los parámetros y alcances de la posición de garante del comandante militar sino ir más allá con la visibilización de los militares víctimas de este crudo conflicto armado a nivel de reflexión, debido a que no solamente la población civil quedó reconocida como víctima en el marco de la justicia transicional sino también nuestros soldados, quienes a lo largo de la historia han sufrido el rigor de la guerra no solo desde el punto de vista táctico sino más bien jurídico; el Ejército Nacional ha desarrollado su doctrina militar “Damasco” para desarrollar

todas sus operaciones en el ámbito del conflicto armado interno, haciendo énfasis en las tareas tácticas, métodos y técnicas del combate irregular como elemento esencial para el derecho operacional a lo largo de los últimos veinte años, pero no ha sido posible que los funcionarios judiciales las apliquen a la hora de fallar los casos de homicidio que se presentan en desarrollo de operaciones militares, en ese sentido se da a conocer los elementos estructurales de las operaciones en el marco de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, puesto que las reglas operacionales se deben acomodar de acuerdo al contexto en que se desarrolle una operación, analizando de por medio todas las circunstancias de situación, misión, ejecución y resultado operacional que de manera integral se escudriñará en el presente escrito.

“No tengo nada más que ofrecer que la sangre, el trabajo, las lágrimas y el sudor” Winston Churchill.

Capítulo I. Miembros del ejército nacional de Colombia

Las Fuerzas Militares de Colombia (FF.MM.), Ejército Nacional, se han destacado en los últimos 200 años por ser contundentes a la hora de contrarrestar cualquier tipo de amenaza. Esto en función de velar por la aplicación de los Derechos Humanos en todo momento y en escenarios de hostilidades (guerra regular o guerra irregular), dándole un buen uso al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

En efecto, en ese lapso de dos siglos, el país ha atravesado por momentos históricos como las guerras de independencia, las guerras civiles internas del siglo XIX, la reforma militar de 1907 por el general Rafael Reyes, la participación en la guerra de Corea en el lapso de 1950 a 1953, y actualmente, la guerra contra las guerrillas que han demarcado un periodo de alrededor de 50 años de constante lucha y confrontación armada.

En ese sentido, el enemigo armado ilegal ha sido cambiante de acuerdo con las condiciones sociopolíticas vividas según cada tiempo, para lo cual el fundamento operacional se basa en el plan de gobierno, plan de guerra, plan de operaciones y orden de operaciones al nivel más fundamental que es el táctico. Por ejemplo, en las últimas décadas, el conflicto interno permitió que se adelantaran operaciones de tipo militar. Estas buscaban frenar y terminar con los grupos que al margen de la ley desestabilizaron al pueblo colombiano y le permitieron experimentar los efectos bárbaros de una guerra cruel y despiadada.

La acción en contra de la criminalidad por parte de los militares no es otra que la denominada doctrina de “*guerras de cuarta generación*” (Díaz y Amador, 2017), la cual implica no solo el uso de la fuerza para neutralizar al enemigo, sino más bien la búsqueda de una solución institucional como una estrategia articulada con la población civil, que permite unas condiciones

de seguridad más loables en tiempo y espacio, y que al perseverar en las mismas, genera la tranquilidad y el desarrollo socioeconómico de la región.

Ahora bien, actualmente, se ha consolidado una doctrina militar denominada doctrina Damasco, que destaca, dentro del proyecto de Ejército Bicentenario, la figura del mando y control esencial para determinar y caracterizar la posición de garante al interior de la institución. Pues, bien, todo se desarrolla en una óptica de mando tipo misión en la cual el comandante militar tiene unos deberes recíprocos para con sus superiores y subalternos, en los que no solo se deben emitir las órdenes e instrucciones, sino ejercer un control a la mismas teniendo en cuenta los materiales y las condiciones con las cuales cuente el comandante según el nivel. Puesto que no se le puede exigir a un General la misma posición de garante que la de un oficial subalterno, se debe analizar las condiciones que tenga en el momento de emitir y controlar una orden militar. Esta por su naturaleza deberá ser clara, concisa y no debe conllevar la duda. Conforme a lo expuesto la orden militar tiene que destinarse:

[A la] conducción de operaciones militares orientadas a defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial y proteger a la población civil y los recursos privados y estatales para contribuir a generar un ambiente de paz, seguridad y desarrollo, que garantice el orden constitucional de la nación. (Ejército Nacional de Colombia, s.f., párr. 1)

Este andamiaje de doctrina se presume legal si se asume que todo acto administrativo, entendido como la manifestación unilateral de la administración encaminada a producir efectos jurídicos:

Se deriva del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, propio de los Estados Sociales de Derecho y, por lo mismo, su control judicial se

encuentra sujeto a una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción, demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión. (Consejo de Estado, 2012)

Aunado a lo expuesto, es importante traer a colación que si bien es cierto hay una presunción de legalidad de la que goza el comandante militar a la hora de emitir formalmente una orden militar, y también de producir una doctrina militar como la de Damasco, actualmente los miembros de las fuerzas militares no cuentan con una ley que fije su marco de actuación a partir de las operaciones militares desarrolladas en el marco de los conflictos armados internacionales y no internacionales, lo cual deja entrever que Colombia es el único país en el hemisferio occidental que en guerra no tiene para su defensa una ley estatutaria sobre el uso de la fuerza.

Esta situación es magnamente compleja, puesto que durante los 200 años de existencia del Ejército Nacional la aplicación del derecho internacional humanitario se ha manifestado a través del *ius cogens* o derecho consuetudinario. La costumbre y la aplicación de los tratados internacionales en la materia ha sido la única base esencial y fundamental para poder dar un prisma de legalidad al marco operacional del Ejército Nacional, lo cual en esencia *per se* trae bastantes dificultades para todos los operadores judiciales a la hora de resolver casos de responsabilidad por la posición de garante.

Este ejercicio de adoptar los tratados y convenios internacionales en el contexto de seguridad interna de este territorio ha hecho que se hable de derecho operacional en el país, un área que ha comenzado a sustentar y a formalizar jurídicamente las operaciones militares ante los vacíos tan crudos que el Congreso de la República no se ha preocupado por resolver con la legislación de

una ley estatutaria que fije las reglas para el uso de la fuerza en los diferentes contextos hostiles y no hostiles.

Cabe destacar que el derecho operacional se deriva del derecho de los conflictos armados y de los derechos humanos, y busca adentrarse en un contexto social con el fin de regular el uso de la fuerza:

El Derecho operacional busca dar aplicación a las normas y principios del derecho de la guerra, en el planeamiento, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones militares y operativos policiales. El uso de la fuerza es un tema eminentemente de raigambre constitucional. (Mejía, 2015, p. 483)

Asimismo, sobre la necesidad de regular estas acciones, se dice lo siguiente:

El Derecho Operacional ha evolucionado en alguna medida en virtud de haber entendido que durante el desarrollo de operaciones militares, ya sea en tiempos de conflicto sin carácter internacional, como a los medios (armas, comunicaciones, naves, aeronaves) como a los métodos (tácticas, técnicas, estratagemas, maniobras) corresponde a la existencia de una regulación jurídica de igual o más antigua entronización que lo que se ha visto a conocer como el DIH en sentido restringido. (Mejía, 2015, p. 482)

Solamente en Colombia por primera vez se comenzó a hablar de derecho operacional formalmente a partir de la sentencia que estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 2017, el cual delimita el contenido y alcance de los acuerdos entre el Gobierno nacional y las FARC-EP; esta es la Sentencia C-674 del 2017, establecida como un modelo de seguridad de cara al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Además, en la mencionada sentencia se alude a la fórmula de estudio para los procesos penales que cursen

en contra de los miembros de las Fuerzas Militares y de policía que se acojan al SIVJRNR, para ello se tiene:

[Que] la calificación jurídica de las conductas se efectúa con fundamento “en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación del principio de favorabilidad” (Art. 1).

Una fórmula semejante se acogió para la calificación de las infracciones cometidas por los miembros de la fuerza pública que son competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, aunque se elimina la referencia al Derecho Penal Internacional, y se añade la remisión al derecho operacional. (Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 1)

En otro aparte es importante delimitar, en las conductas que cometen los miembros de la fuerza pública, el papel y el rol que debe cumplir el comandante militar, toda vez que al mismo se le da un plus adicional en el sentido de que tiene la potestad y la garantía (deber de actuar) frente a las conductas criminales que puedan llevar a cabo sus subalternos, lo cual se deriva de la omisión impropia o más bien de la posición de garante.

De este modo, para el estudio de los casos que se presenten ante la Jurisdicción Especial para la Paz, es oportuno considerar lo siguiente:

La responsabilidad de mando estaría regulada por la legislación doméstica y por el derecho operacional, pero no por el derecho penal internacional, cuerpos normativos aquellos que no ofrecen las herramientas necesarias para la criminalización de los superiores jerárquicos por los crímenes cometidos por sus subordinados, por el desconocimiento de los deberes de control que les son inherentes. Y segundo, porque los criterios materiales para la imputación de la responsabilidad difieren de los estándares del

Estatuto de Roma, haciendo inoperante y diluyendo la responsabilidad de los superiores jerárquicos dentro de la fuerza pública. (Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 1)

Respecto a ello, para la legislación interna de este país hay una prelación en los estándares internacionales como el Estatuto de Roma, el cual delimita y define la responsabilidad del comandante dentro de la posición de garante. Esta posición de garante, objeto de estudio del presente trabajo, debe estar en constante revisión a partir del derecho operacional, en el sentido de que el comandante militar, y en general todos los miembros de las Fuerzas Militares, actúan de acuerdo con una *lex specialis* como lo es el derecho operacional, el cual surgió a modo de respuesta ante las circunstancias de hecho y de derecho que padeció Colombia, como producto del conflicto armado interno que aún hoy continua latente.

Es por lo anterior que toda la doctrina militar se construyó con base en el derecho operacional y, a su vez, delimitó el uso de la fuerza de acuerdo con cada uno de los contextos operacionales.

Para finalizar, la Corte Constitucional, en la ya destacada Sentencia C-674 de 2017, concluye que la aplicación del derecho operacional para los miembros de las Fuerzas Militares y de policía es constitucional, y alude a que según el Decreto 1070 de 2015, el derecho operacional:

[...] integra la legislación nacional, el derecho internacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y DIH, relativos al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la fuerza pública; estas reglas constituyen el marco para valorar las conductas de los miembros de la fuerza pública, ya que este define los protocolos que se deben seguir en estos escenarios especiales, que se rigen por reglas distintas a las que operan de manera general para el conglomerado social. (Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 1)

Asimismo, respecto a la posición de garante del comandante militar, en este documento se resaltó:

[Que] la figura de la responsabilidad de mando también se ajusta a la Constitución: primero, la exigencia sobre el conocimiento actual o actualizable de la conducta de los subordinados, es una derivación del principio de culpabilidad; la tesis de que se puede configurar la responsabilidad de mando a partir de lo que se [sic] denominado como “conocimiento inferido” supone una confusión entre el deber de vigilancia sobre los subordinados y las distintas modalidades de participación en la actuación criminal, de modo que si el objetivo es imputar la responsabilidad, esto se puede hacer a partir del artículo 25 del CP, que consagra la figura de la comisión por omisión, en lugar de desprender un delito doloso a partir de una culpa por falta de cuidado. (Acto Legislativo 01 de 2017, Art. 1)

Por lo tanto, la Jurisdicción Especial para la Paz, entra a estudiar los casos de posición de garante de los comandantes militares a partir del principio de la culpabilidad, puesto que el hecho de no actuar es una categoría del delito que puede generarse por falta de control, seguimiento, imprudencia, negligencia, entre otros, que tiene el comandante militar al no prever una conducta delictual o más bien cuando teniendo una orden de operaciones materializada y concreta, no actúa acorde a los principios de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los cuales está atado en todo momento a fin de desarrollar su misión constitucional.

Es por lo expuesto que, al no haber un desarrollo legal del derecho operacional, sino que en los últimos cinco años se viene adelantando el tema a través de las Altas Cortes, el Ejército Nacional particularmente adecuó, a partir del bloque de constitucionalidad, los parámetros para el uso de la fuerza y para la responsabilidad del comandante militar, lo que se concibe como un

contenido del ámbito administrativo que está delimitado desde los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Al respecto, se tiene como un último antecedente formal la Sentencia C-080 del 2018, que frente al vacío legal que tiene el país en materia de una ley que fije las reglas para el uso de la fuerza, aceptó los manuales militares y los demás actos administrativos que permiten instruir a los hombres en el área de operaciones para un correcto uso del derecho operacional, así:

[...] las reglas operacionales son contenidos del ámbito administrativo de la Fuerza Pública que tienen por objeto regular la realización de los operativos militares conforme a las normas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. 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 como criterio de calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz, deben entenderse como contenidos normativos de naturaleza administrativa que regían la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el momento de las operaciones militares. Adicionalmente, las reglas operacionales tienen valor probatorio para calificar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, siempre que no vulneren los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. (Preámbulo)

En ese orden de ideas, se puede señalar que las Fuerzas Militares y de policía han actuado bajo la premisa de presunción de legalidad, concretamente con la expedición de los actos administrativos y de toda función ya en ejecución de una orden militar. Cabe añadir que esta presunción es de *iuris tantum*, puesto que admite prueba en contrario.

1.1 Presunción de legalidad en las actuaciones de los miembros de las fuerzas militares y de policía en el periodo conocido como el conflicto armado interno colombiano

Para comenzar este tema tan trascendental, es importante hacer una reflexión dentro del ámbito internacional con ocasión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expuestos el 26 de agosto de 1789 y donde se expone lo siguiente:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes. (Asamblea Nacional Constituyente de Francia, 1789, p. 1)

Taxativamente en su artículo 12 señala que “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una Fuerza Pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada” (Asamblea Nacional Constituyente de Francia, 1789, p. 12). Con ello se da origen a los entes que tendrán como misión la salvaguardia de los intereses individuales y colectivos de una nación.

De esta manera, en concordancia con la norma referenciada, la Constitución Política Nacional de 1991, promulgada por el pueblo colombiano, dispone en su artículo segundo:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la

vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Art. 2)

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Art. 2)

Es por ello que las fuerzas militares y de policía gozan de un marco jurídico legal y constitucional que valida el cumplimiento de la misión institucional; esta última se define del siguiente modo:

Defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, la vigencia del orden constitucional, tendientes a contribuir a la seguridad de la población y sus recursos, así como el cumplimiento de las funciones del Estado y los deberes de los particulares. (Comando General Fuerzas Militares de Colombia, 2015, p. 20)

Lo anterior en concordancia con el artículo 217 superior, el cual señala que las “Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Constitución Política de Colombia, Art. 217), y “mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, asegurando que los habitantes de Colombia convivan en paz” (Constitución Política de Colombia, Art. 218), de acuerdo con el cumplimiento de los fines constitucionales contenidos en los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

Ahora bien, este concepto estructura la naturaleza y la esencia de las instituciones que componen la fuerza pública, y son garantes de todos los derechos del hombre y del ciudadano, lo

que se denominaba para el derecho francés como la institucionalización de los derechos fundamentales liberales. Sin embargo, según el relato histórico, se tiene que el primer antecedente de la institucionalización y orientación de la doctrina, sobre la necesidad de garantizar los derechos naturales fundamentales, se dio con la Declaración de Derechos de Virginia, con el fin de sentar los hitos y precedentes más importantes, que la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano acotó para la explicación del rol de la fuerza pública.

Estas bases y raíces hacen que indiscutiblemente las fuerzas militares y de policía, actúen amparadas en el marco de la presunción de legalidad como su principal herramienta y garantía jurídica, en el entendido que todos los actos que se desarrollan durante el planeamiento y la ejecución de las maniobras militares u operativos policiales por parte de sus funcionarios, se presumen auténticos y sometidos al imperio de ley, y por tanto adquieren la categoría de *iuris tantum*, pues admiten prueba en contrario.

Por otro lado, “las Fuerzas Militares y de Policía, en Colombia, se han caracterizado por ser instituciones propias de un Estado Social de Derecho, con un alto porcentaje de credibilidad” (Ejército Nacional de Colombia, s.f., párr.1) frente al pueblo colombiano en razón al reconocimiento de su labor constante en busca de la paz y de la protección de los derechos que gozan los ciudadanos. Estas fuerzas están conformadas por hombres y mujeres que cumplen una función honorable, respetable y ante todo se ciñen a los mandatos constitucionales y legales, de ahí que puedan gozar actualmente de una imagen transparente, sin evidencia, dentro del contexto histórico de antecedentes violentos y antidemocráticos que hayan menoscabado los principios y la institucionalidad del Estado colombiano.

Alrededor de ello, una base sólida que permite inferir de manera lógica deductiva la fuerza pública actúa en el marco de la presunción de legalidad, se puede generar al reflexionar sobre la historia de Colombia, dado que nunca se ha proclamado un golpe de Estado. En este punto es oportuno recordar el episodio del 13 de junio de 1953 cuando se dio una disputa en contra de Laureano Gómez y Roberto Urdaneta, los jefes conservadores que dirigían el país desde 1950. Asume la presidencia el General Gustavo Rojas Pinilla (Vallejo, 2016). A continuación se presenta información más detallada sobre las circunstancias de aquel momento:

Estos fueron días de intensa violencia en el país, de enfrentamientos entre los grupos liberales y conservadores y de generalización de la crisis nacional. El 13 de junio de 1953 tuvo lugar la disputa contra el gobierno del presidente Laureano Gómez, que llevó a la Presidencia de la República al teniente general Gustavo Rojas Pinilla. Rojas contaba con el apoyo de los ex presidentes Mariano Ospina Pérez y Roberto Urdaneta Arbeláez, y de los políticos Gilberto Álzate Avendaño, Lucio Pabón Núñez y otros que le ofrecieron su respaldo. Contaba además, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, el Directorio Nacional Conservador y representantes de ambos partidos. En la primera alocución presidencial, el nuevo presidente alertó a los colombianos para defender las instituciones y señaló el camino de la "Paz, Justicia y Libertad" para todos los colombianos. El nuevo presidente dijo: "La Patria no puede vivir tranquila mientras tenga hijos con hambre y desnudez". La Asamblea Nacional Constituyente, que había sido convocada por el presidente Laureano Gómez, expidió un acto legislativo por el cual reafirmó la posición del presidente Gustavo Rojas Pinilla. Según su argumento, el 13 de junio de 1953 había quedado vacante el cargo de presidente de la República y afirmaba: "Que es legítimo el título del actual presidente de la República teniente general Gustavo

Rojas Pinilla, quien ejercerá el cargo por el resto del periodo presidencial en curso". El nuevo gobierno siguió los postulados de paz, justicia y libertad; orden contra la anarquía, la violencia y la crisis moral; y se propuso conseguir la restauración moral y democrática de la República, sumida en grave descomposición. El ex presidente Darío Echandía calificó el golpe militar de Rojas como un "golpe de opinión", debido a la confianza y a la reconciliación que cambiaban la situación general del país, y al vasto y multitudinario respaldo nacional al nuevo presidente. (Presidencia de la República de Colombia, s.f., párr. 8)

En este sentido, es claro que el general Gustavo Rojas Pinilla, llegó al poder por vías políticas y se entregó al mandato presidencial sin ejercer algún tipo de dictadura o un mandato presidencial que fuera en contra de la constitución y la ley, "esto fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia en el acto judicial del 18 de octubre de 1967" (Presidencia de la República de Colombia, s.f., párr. 8). Es evidente que los argumentos mal intencionados que califican el mandato del militar a mediados del siglo XX, como un periodo de violaciones a los derechos y a las libertades, no dejan de ser engaños para desmeritar la labor realizada por un miembro de la fuerza pública, que en un momento determinado de la historia de Colombia ejerció su trabajo con liderazgo.

De este modo, cabe traer a colación las reflexiones de Jean Carlo Mejía, para quien son más fuertes y poderosos los daños causados por comentarios mal intencionados que las mismas balas —si se revisa esta cuestión desde el periodo de gobierno de Rojas Pinilla, en Colombia, para quienes vivieron directamente la experiencia, no resulta ser como algunos la narran—, los cuales tenía el propósito de desvirtuar la labor que se trató de un golpe de Estado. Sobre ello señaló Mejía:

El Brahamañ Kautilya o Kanakhya, al que se le endilga el haber escrito en el siglo IV a. C, la maravillosa obra político-militar conocida como el Artha-shastra, antecedente sin duda del príncipe de Maquiavelo y de los diálogos en infierno de Maurice Joly, indicaba palabras más palabras menos, que una flecha puede matar a una persona, pero un rumor dicho en el lugar indicado o en el momento preciso por un grupo de sabios, es capaz de matar a miles de personas, incluso aquellas que aún no han nacido. Tal y como lo manifestaba Kent padre de la inteligencia estratégica: desconocer al enemigo, es en verdad perder la guerra, aun sin haberla comenzado. (Mejía, 2009, p. 238)

Las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, desde su conformación el 7 de agosto de 1819, han gozado de legitimidad y aceptación por parte del pueblo colombiano, y han cumplido el principio universal de legalidad en la medida en que están presentes en la ley bajo un marco jurídico que permite su accionar, desde la primera Constitución Política promulgada el 30 de agosto de 1821. Es por eso que en sus 200 años de historia han librado cientos de batallas, con el único propósito de “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Art. 217).

En tiempos contemporáneos, y bajo el marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del derecho internacional humanitario, estas fuerzas han enfrentado permanentemente los grupos al margen de la ley o actualmente Grupos Armados Organizados “los que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones sostenidas y concretas” (Ley 1908 de 2018, Art. 2).

Estos grupos son infractores de la legislación colombiana, cuentan con una estructura armada organizada, tienen injerencia en una porción del territorio nacional y una organización interna

que está conformada por cabezas visibles, como lo han sido las FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo), el ELN (Ejército de Liberación Nacional), el M-19 (Movimiento 19 de abril), el EPL (Ejército Popular de Liberación), los grupos de Auto Defensas Clan del Golfo, Clan Úsuga y los demás Grupos Armados Organizados.

Dichos grupos ilegales por muchos años mantuvieron un permanente crecimiento, por lo que obligaron al Estado a un aumento desmesurado de sus fuerzas militares y de policía, para así mantener un pie de fuerza capaz de contener cada una de las amenazas presentadas al pueblo colombiano. Al aumentar el pie de fuerza, también creció el número de operaciones militares, estas fueron planeadas y ejecutadas bajo la doctrina militar vigente para el momento, la cual se centralizaba en el Manual 3-10-1 de combate irregular, documento que describía las maniobras, las técnicas y los procedimientos militares. Todas estas capacidades han estado bajo el direccionamiento de hombres y mujeres que tienen como premisa el honor (“por mi patria mi lealtad es el honor”), capacidades de liderazgo, y conocimiento en ciencias militares, y que son promulgadores del respeto de los derechos universales.

Sin embargo, un número muy reducido de misiones y operaciones militares se vieron empañadas por presuntas violaciones a los Derechos Humanos, por ejemplo, lo que se denominó falsos positivos, y que en la doctrina militar corresponde a las ejecuciones extrajudiciales; es este un fenómeno social al interior de la institución que, a la fecha, a ciencia cierta no se ha podido establecer desde una perspectiva integral cuál fue la motivación o móvil para que las mismas se generaran. Sin embargo, se ha visto de forma latente la responsabilidad de los comandantes militares bajo la premisa de la posición de garante.

Adicionalmente, lo que ha sucedido en Colombia y que ha manchado la labor de los miembros del Ejército Nacional, ha sido la politización. Este fenómeno ha permitido el

surgimiento de hipótesis y argumentos sin datos verídicos sobre actuaciones de la fuerza pública, integrada por instituciones que han vulnerado la ley de manera recíproca y han sometido al pueblo colombiano a violaciones graves de los derechos humanos, como lo son las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, y demás delitos que presuntamente se han cometido durante los actos del servicio. Paralelamente, estos hechos han deteriorado la labor de la jurisdicción especial de la Justicia Penal Militar, puesto que han vendido la idea al pueblo colombiano de que esta no brinda una garantía de verdadera justicia que implique una sanción y un carácter retributivo en las penas impuestas.

Justo es decir que estas malas interpretaciones sin andamiaje jurídico, que han manchado la institucionalidad, se pueden considerar una guerra sucia o más bien una persecución a la institución más querida por los colombianos; pues bien, si se acepta desde una perspectiva socio jurídica que jamás se pueden ocultar los errores por parte de los hombres y mujeres de la patria, es preciso aclarar que las mismas conductas no pueden cobijar toda la institucionalidad, pues el Ejército Nacional está integrado por hombres y mujeres altamente calificados y capacitados en las áreas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Además, este es considerado como uno de los ejércitos modelo ante el mundo, una institución que ha creado el Departamento Jurídico Integral, en el cual a través de la Dirección de Difusión, Promoción y Prevención, a lo largo de cada año, se emite un plan de capacitación curricular y extracurricular, cuyo currículo académico versa sobre protección de derechos humanos y aplicación del derecho internacional humanitario.

En la actualidad, el Departamento Jurídico Integral tiene como misión institucional emitir directrices permanentes para efectuar capacitaciones, acompañamiento a las operaciones militares y cumplimiento a los requerimientos de justicia, entre otros, todo con el fin de

maximizar la legalidad de las actuaciones de los miembros activos del Ejército Nacional y evitar incurrir en errores operacionales que causen algún tipo de daño a la sociedad y al Estado colombiano.

Con todo y la estructura que se presenta al interior de la institución, sin desconocer que en materia de derechos humanos se cometen errores, esta tiene que llevar permanentemente sobre sus espaldas investigaciones de tipo fiscal y penal. Así lo manifestó la Revista Semana, en un texto que abiertamente cuestiona el accionar de los castrenses y de la Policía:

La Fiscalía General de la Nación rindió un informe dirigido al Congreso de la Republica en el año 2014, publicado por la revista semana sobre el número de miembros de la Fuerza Pública investigados entre los años 2002 y 2014. Según la información, durante ese lapso se iniciaron aproximadamente 5749 investigaciones contra miembros de la Fuerza Pública (militares y policía fundamentalmente). De esas, 749 han culminado en sentencias condenatorias contra miembros de las Fuerzas Militares, el número significativo en términos absolutos; sin embargo, si se tiene en cuenta el lapso al que corresponde la medición (2002 a 2014) y el número de integrantes de la institución (Fuerzas Militares), que pasó de estar conformada por cerca de 190 000 miembros en 2002, a cerca de 285 000 en 2012; y si se tiene en cuenta que no [sic] trata de integrantes permanentes, sino que, en algunos casos, tienen un alto nivel de rotación, en el lapso referido podrían haber pasado por las filas de las Fuerzas Militares más de 500 000 personas. Observadas las estadísticas del personal militar, es preciso señalar como un cálculo superficial que el número de funcionarios no llega al 1% del total de funcionarios que integran las Fuerzas Militares (Revista Semana, 2014).

Nótese que a luz de las cifras enunciadas, se evidencia que el Ejército Nacional, es la Entidad de orden nacional con mayor credibilidad por parte de los colombianos, hecho que responde a

una participación protagónica de sus hombres los cuales garantizan el derecho a la paz (Constitución Política Nacional. 1991), dando cabal cumplimiento a las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, cuando llegue el momento de contextualizar y analizar los destinatarios de la justicia transicional, y se propugne por vincular todos los actores armados ilegales y algunos agentes del Estado que han cometido delitos en el marco del conflicto armado, se debe hacer una diferenciación profunda y asimilar que los miembros de la fuerza pública se someterán voluntariamente a esos procesos en razón a la presunción de legalidad que enmarca sus funciones; mientras tanto, los grupos armados ilegales que se sometan a esta justicia, deben hacerlo de manera obligatoria, puesto que el principio de la legalidad no los cobija en sus actuaciones.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que la justicia penal está condicionada por criterios tales como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, los cuales están plasmados en el Código Penal (Ley 599 de 2000), y deben ser aplicados por el juez a la hora de evaluar la pena.

En cuanto a la justicia transicional, debe responder por los estándares internacionales, los cuales garantizan el principio de la legalidad respaldado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Sobre este particular el Doctor Carlos Bernal Pulido ha manifestado lo siguiente:

[...] cuando la Corte Constitucional argumenta el derecho a la justicia como un derecho fundamental que encuentra su fundamento en pactos, convenciones o tratados internacionales y no en valores o principios constitucionales, porque además de pretender ampliar el marco normativo que se tiene en cuenta, se ha entrado en la lógica de que el

valor de la justicia debe decantarse de la conciencia colectiva de la humanidad, y no de los altibajos de la política nacional de las normas de derecho positivo que se derivan de ellos. (Bernal, Barbosa, & Ciro, 2016, p. 39)

Asimismo, como aspecto jurisprudencial esencial para regular el marco de la justicia transicional, el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 del 2014 trae a colación la obligación de los tribunales de paz para hacer valer los derechos, lo cual implica aspectos como el establecimiento de mecanismos jurídicos idóneos para llegar al descubrimiento de los hechos y condena de los responsables, el deber de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial adecuado y efectivo, y el deber de respetar las garantías del debido proceso.

Estos presupuestos jurídicos que atiende la justicia transicional, son los más condensados aquellos aspectos que buscan las garantías de no repetición y de mantenimiento de la paz; con los mismos, Colombia será gestor de paz y esperanza para las generaciones venideras, pero lo más importante será construir una memoria histórica que no permita volver a cometer los mismos errores.

1.2 Eficacia en la aplicabilidad de la justicia transicional para los miembros de la fuerza pública

Los miembros de la Fuerza Pública en Colombia, actualmente cuentan con una garantía constitucional que les permite ser investigados y judicializados por cortes marciales y tribunales militares, cuando hayan incurrido en conductas punibles estando en servicio activo, y cuando han sido cometidos en actos del servicio o en relación con el mismo. (Constitución Política Nacional, 1991, Art. 221)

Este es el marco jurídico constitucional del fuero penal militar o Justicia Penal Militar, la cual hace referencia al mandato de la Constitución que ordena una jurisdicción especial que debe conocer sobre los hechos que ameritan una investigación penal para los miembros de la fuerza pública, cuando se ha infringido la ley por parte de estos.

No obstante, con ocasión de la entrada en vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, se requiere la aplicación de una justicia transicional que investigue y judicialice a los miembros de la fuerza pública que durante el desarrollo del conflicto armado interno colombiano, y en cumplimiento de una función enmarcada en el principio de legalidad, se encuentren en curso de una investigación penal o cumpliendo una condena por delitos que hayan sido competencia de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción especial de la Justicia Penal Militar.

Este nuevo tribunal tiene una primera gran diferencia con el proceso que actualmente se conoce y se aplica para investigar delitos que han sido cometidos por miembros de la fuerza pública, esta consiste en que si la conducta tiene relación directa con el servicio, se ha dado la competencia a la Justicia Penal Militar para manejarla, y si la relación de los hechos con el servicio es indirecta, la competencia ha sido asignada a la justicia ordinaria.

En cuanto al tema de la paz, en esta Jurisdicción Especial para la Paz “se conocen todas aquellas actuaciones que tienen una relación directa e indirecta con una misión o tarea militar o policiva legítima” (Auto del 23 de agosto de 1989), y se priorizan los delitos más graves y representativos del conflicto armado colombiano. En particular se priman los delitos que hubiesen sido cometidos por los miembros de los grupos armados organizados, las FARC-EP, los agentes del Estado, los miembros de la fuerza pública y terceros. Frente a ello, la Corte Constitucional aclara que para estos últimos el acceso para participar del tribunal especial para la paz debe hacerse de forma voluntaria.

Se tiene como finalidad la búsqueda de la reparación integral a las víctimas y como principal propósito lograr una reconciliación del pueblo colombiano, la Jurisdicción Especial para la Paz se encuentra adelantando los procesos de judicialización de cada uno de los casos con prelación. Por ejemplo, se están investigando los casos que corresponden a graves infracciones al DIH, relacionados con personas afectadas por los artefactos explosivos improvisados, de los cuales aún se recopilan versiones de cada una de las partes que participaron en estas graves infracciones sin tener un camino y un antecedente claro frente al panorama de conflicto armado interno por más de 50 años.

A la sazón de lo expuesto, existen grupos disidentes armados que particularmente viven del negocio del narcotráfico y la minería ilegal, negocios bastante lucrativos y que no permiten que sigan sus procesos ante la Jurisdicción Especial para la Paz. En torno a ello, las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía se han venido fortaleciendo con las capacitaciones extracurriculares. Este proceso debe venir acompañado de una fuerte campaña institucional para la profesionalización de las Fuerzas Militares en el conocimiento y aplicación de las leyes y normas que se ejecutan durante el desarrollo de cada actuación de un militar.

Lo anterior se da como cumplimiento y seguimiento a un mandato supremo señalado en el artículo 222, el cual manifiesta que a los “miembros de la fuerza pública, durante sus etapas de formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos”. Por esta razón, en ese ejercicio pedagógico, hoy en día el Ejército Nacional de Colombia tiene “registro de un total de 2124 miembros y ex miembros que han presentado su intención de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz” (Comando General Fuerzas Militares de Colombia, 2019, párr. 3). Este personal está clasificado en 255 oficiales, 488

suboficiales, 1380 soldados y 1 civil. De los anteriores, 774 miembros permanecen activos, 1350 retirados y 208 militares privados de la libertad.

En esa medida, los integrantes de la Jurisdicción Especial para la Paz que sean competentes para conocer sobre los hechos que comprometen a miembros de la fuerza pública por delitos cometidos de manera directa e indirecta en el conflicto a resolver, deberán acreditar un pleno conocimiento en derecho operacional aplicado a las Fuerzas Militares de Colombia, disposición que se explica en los siguientes fragmentos:

[...] la remisión al derecho operacional se explica porque la conducta de los miembros de la fuerza pública debe valorarse en el marco de las reglas que rigen la conducción de las hostilidades y del uso de la fuerza, que en todo caso se adecúan a los estándares internacionales. (Sentencia C-674 de 2017, Anexo. 1)

Los criterios para calificar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública cometidos en el marco del conflicto armado, determinados a partir de la remisión al código penal, al derecho internacional de los derechos humanos, al DIH y a las reglas operacionales, es constitucionalmente admisible porque: (i) garantizan el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad; (ii) la falta de remisión al derecho penal internacional no envuelve un desconocimiento del ordenamiento superior, ya que esta remisión se refiere solo a la calificación de los delitos, y el DPI es normatividad complementaria y subsidiaria (Sentencia C-674 de 2017).

Además, las penas que se impondrán, deberán estar fundadas en el principio constitucional de la igualdad, el cual refiere:

[Que] todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades

sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Constitución Política Nacional, 1911, Art.13)

Es decir, se tendrán que aplicar las mismas políticas punitivas que serán aplicadas a los miembros de las FARC-EP, con la diferencia de que aquellos militares que se acojan a la justicia transicional gozarán del derecho a cumplir sus penas en centros especiales de reclusión militar, con penas proporcionales y congruentes al daño ocasionado, y sin ser aumentadas por tener la condición de funcionarios públicos, ni por ningún agravante propio referente al cumplimiento de sus funciones.

Es pertinente hacer alusión a que la reparación integral a las víctimas, que es una obligación durante la justicia transicional, deberá estar a cargo del Estado, toda vez que las fuerzas militares y de policía son la representación del Estado en el conflicto armado, y no existen beneficios económicos adicionales a los legales propios de las garantías.

A su vez, las medidas de reparación tienen el deber de responder a los intereses y prioridades de las víctimas, y teniendo en cuenta las diversas vivencias de cada una de ellas, se puede hablar en el marco de la justicia transicional de reparación colectiva o individual. Para el caso del Estado colombiano, representado por el Ejército Nacional en casos de reparación colectiva, este deberá coordinar acciones concretas como ceremonias militares, ofrecimientos de ofrendas o actos públicos en los que estén presentes los familiares de las víctimas, en pro de la reparación colectiva.

Por último, el mecanismo de reparación colectiva más latente, establecido en el Acto Legislativo 01 del 2017, corresponde a la reparación a través de la definición de planes de desarrollo rural, en los que se les asigna a las víctimas zonas en las cuales puedan tener una reincorporación productiva; estos beneficios son en cabeza de las víctimas, organizaciones de

mujeres, gremios económicos, partidos y movimientos sociales. Lo anterior se sustenta en esta disposición: “Las medidas de reparación para la construcción de la paz hacen parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) y comprenden medidas de restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y no repetición” (Alto Comisionado para la Paz, s.f., párr. 3).

1.3 Obediencia debida como causal de ausencia de responsabilidad

Las Fuerzas Militares y de policía, en cumplimiento del mandato constitucional, y en concordancia con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, están obligadas al cumplimiento del principio rector de legalidad, el cual manifiesta que “todos los actos que realice un militar en el cumplimiento de sus funciones y de su misión deben estar definidos y establecidos en forma expresa, clara y precisa en la ley” (Sentencia C-710 de 2001). Igualmente, “en los reglamentos y los manuales; los procedimientos que adopte un militar, deben ceñirse a todas las disposiciones legales nacionales e internacionales” (Sentencia C-710 de 2001), en materia de derechos humanos.

Es por lo anterior que las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía gozan de un marco legal justificativo que les permite cumplir la misión institucional y emplear la fuerza letal y menos letal de acuerdo con el contexto operacional, y de conformidad con los acontecimientos de hecho que se tengan en una jurisdicción. Bajo este presupuesto, y en cuanto al cumplimiento de órdenes, un funcionario de la fuerza pública está sometido al “Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares” (Ley 836 de 2003), el cual señala lo siguiente: “La orden militar. Es la manifestación externa del superior con autoridad que se debe obedecer,

observar y ejecutar. La orden debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función” (Ley 1862 de 2007, Art. 9).

Eso quiere decir que no basta con emitir una orden militar, y esperar su cumplimiento, sin previamente haber analizado y evaluado las consecuencias y los resultados que se puedan desprender del cumplimiento de dicha orden. De ahí que la norma referenciada indique:

La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla. (Ley 836 de 2003, Art. 33)

Al respecto, dentro de la Ley 599 del 2000 se aborda como causal de justificación del hecho punible, relacionada en el título 4 del artículo 32 sobre la obediencia debida, que “se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura”.

Este mandato legal supone que las instituciones castrenses que conforman la fuerza pública, tienen establecidos unos principios rectores propios y necesarios para la consolidación como institución militar y de policía, y que están organizadas bajo una estructura jerarquizada que amerita una total obediencia y subordinación para con sus superiores, y de esta manera un trato recíproco para sus subalternos, lo cual siempre estará demarcado en la legalidad:

Los subalternos pueden desobedecer aquellos mandatos de sus superiores que excedan el límite de la competencia o conduzcan “manifiestamente” al desconocimiento del ordenamiento constitucional y legal, es decir, órdenes que ostensible y evidentemente, sin

mayor capacidad analítica o reflexiva del sujeto, entrañan la ejecución de una conducta antijurídica. (Sentencia T-582 de 3016, num. 32)

En efecto, el aspecto más esencial de la obediencia se materializa mediante una orden militar, la cual debe tener unos presupuestos que la invisten de legalidad por ser:

Legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa “debe cumplirse en el tiempo y del modo indicado por el superior. Cuando al ejecutar la orden aparecieren circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que modificaren el tiempo o el modo previstos para su ejecución, su cumplimiento puede ser dilatado o modificado siempre que no pudiere consultarse al superior, a quien se comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible”. (Decreto 1797 de 2009, Art. 30)

Desde esta perspectiva, y si se atiende a los presupuestos legales de la orden militar, es que el legislador justifica el actuar de los mismos; pero no solo el componente castrense justifica el actuar como causal de justificación, pues es menester hacer énfasis en que las órdenes militares, fuera de los requisitos formales expuestos con antelación y cuando se desarrollan operaciones militares, deben estar sometidas a los estándares mínimos del derecho a la guerra que comporta el derecho bélico o derecho a la guerra, el cual deriva del derecho internacional y también es llamado DIH, este es definido así:

Un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, y que protege a las personas y los bienes afectados. (Semeroiz, 1985, p. 13)

Estas órdenes pueden ser verbales, escritas o tipo calco de conformidad con el Manual de Estado Mayor para el Ejército Nacional. Cuando se materializan por escrito, se debe dirigir, con base en la orden de operaciones, un acto administrativo que identifica unos presupuestos básicos, como la situación, la misión, la ejecución, el apoyo y los servicios para el combate, el mando y comunicaciones que demandan el marco jurídico aplicable a las operaciones, así como la conducción de hostilidades y las operaciones para el mantenimiento de la ley. Toda esta doctrina fue dada por los manuales que regulan el Ejército de los Estados Unidos, y en Colombia ha sido adoptada bajo la aplicación del Manual 3.10-1, de carácter restringido para el uso de las FF.MM.

Por lo tanto, en caso de cometer un error militar por acción, omisión o extralimitación de funciones, si no se atiende el procedimiento militar para la toma de decisiones, la obediencia debida se rompe como causal de exoneración de responsabilidad y se debe responder por los delitos cometidos con ocasión al servicio.

En suma, es importante conocer el procedimiento militar para la toma de decisiones, con el fin de evitar daños incidentales y errores militares dentro de una operación militar elevada por escrito y con fundamento administrativo. Aclarado el por qué del derecho bélico y definido someramente, las unidades militares para emitir órdenes militares legales por escrito que infieran la obediencia debida, deben manejar los siguientes presupuestos:

- **Orden de operaciones: situación y misión**

En esta primera etapa del planeamiento, el comandante define el concepto de la operación para reunir todos los elementos legales donde el DIH constituye la herramienta más importante de la planeación. Allí se evalúa toda la normatividad vigente y las directivas a nivel institucional para la fuerza pública que conllevan los antecedentes, el estudio del terreno, la jurisdicción, el clima, el aspecto histórico del enemigo, las informaciones de inteligencia por medio de las

diferentes fuentes, y la organización para el combate donde se hace un conteo de los hombres que pueden participar de la operación militar.

Posterior al análisis de la situación con los elementos explicados, se hace hincapié en la misión, la cual debe tener implícitamente relacionado el marco jurídico aplicable, la intención del comandante y el propósito del mismo. Para ello, durante el análisis en naturaleza, alcance y urgencia de la misión, deberán resaltarse aquellas tareas implícitas o deducidas que evidencien dificultades para cumplir el objetivo asignado sin cometer violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH. El motivo de tal examen es obtener elementos de juicio para el enunciado de los modos de acción de la fuerza pública, teniendo en cuenta que el respeto de los derechos humanos y la aplicación del DIH es un factor determinante para tomar las precauciones en el ataque y para enfrentar los efectos del mismo (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1977).

Una vez se evalúa la situación y la misión, se procede a la reunión de información del personal militar de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, donde se pone en conocimiento todos los antecedentes del enemigo, las capacidades de lucha, la localización, la cantidad de hombres y demás elementos que puedan conllevar la necesidad militar y la ventaja militar como principios del DIH.

Cabe añadir que en la orientación del comandante, el derecho a la guerra debe estar presente con claros criterios, especialmente cuando del análisis de la misión se deduzca la posibilidad de alguna violación.

De igual manera, el análisis de la situación debe incluir los tratados que cada una de las partes se comprometa a respetar, dado que imponen límites a los métodos y medios de combate. Además, si al seleccionar los factores determinantes que orientarán los modos de acción cuando se puedan ocasionar daños incidentales o una clara vulneración al principio de la

proporcionalidad, como lo es un mayor daño frente a la ventaja militar, la operación no se puede desarrollar y se deberá replantear.

También en la determinación y análisis de los modos de acción es necesario diferenciar el tipo de operaciones que se realicen, ya sean estas ofensivas o defensivas; paralelamente, hay que considerar las condiciones que debe cumplir un objetivo para ser considerado militar: naturaleza, ubicación, finalidad y utilización.

El análisis del objetivo militar (OM) perfecciona la selección del mismo, debido a que asegura su legitimidad, y al detectar las posibles violaciones por daño incidental o accidental, facilita la previsión de los justificativos. Este examen requiere una inteligencia muy precisa, especialmente en lo que respecta a definir la utilización o finalidad del OM, puesto que un bien de uso civil puede tener como finalidad un futuro empleo militar, lo cual lo hace lícito. Esta consideración es importante porque hay que prevenir las eventuales acusaciones adversarias y tener a mano las debidas justificaciones que prueben la finalidad militar del OM.

Los parámetros ya definidos en esta fase de planeamiento para una orden de operaciones deben obedecer a unas reglas de enfrentamiento, las cuales son la razón de ser y el objeto en el cual recae la responsabilidad del comandante por posición de garante, o frente al subalterno la causal de ausencia de responsabilidad como elemento que justifica la conducta punible, por lo tanto se debe evaluar en el procedimiento militar para la toma de decisiones lo correspondiente a determinar el cómo atacar el objetivo militar, si en el marco de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, lo que a la postre el mismo manual de derecho operacional para la Fuerzas Militares 2015 desarrollo, así:

En el ámbito del derecho internacional humanitario, distinga los objetivos militares de personas y bienes civiles; ataque solo objetivos militares, es decir:

a. los bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

b. Miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML

c. Civiles que participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación.

d. La iniciativa en el uso de la fuerza letal está permitida únicamente frente a un objetivo militar.

e. Siempre se podrá hacer uso de la fuerza en legítima defensa para repeler una agresión actual o inminente en contra de su vida, la de su Unidad o la de un tercero.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el comandante militar debe emitir los siguientes lineamientos:

a. Usar la fuerza para proteger, mantener y restablecer el orden público.

b. Utilizar la fuerza y medios, proporcionalmente, al nivel de la amenaza recibida.

c. Cuando el ambiente operacional lo permita, los miembros de las FF. MM. se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, salvo que al dar esa advertencia se ponga en peligro su vida o la de terceros.

d. Usar las armas de fuego solo cuando resultaren insuficientes las medidas menos extremas.

e. Siempre podrá hacer uso de la fuerza, incluso hasta la letal en legítima defensa para repeler una agresión actual o inminente en contra de su vida, la de su Unidad o la de un tercero.

Al orbe de lo expuesto, los comandantes militares deben fijar estas reglas en todo momento para el desarrollo de una operación militar, incluyendo de manera plausible y de acuerdo a su ambiente operacional las reglas a nivel táctico que den a conocer a sus hombres el contenido y el

alcance de la misión, si hay dudas deben ser aclaradas en el mismo planeamiento para evitar la comisión de errores militares que puedan recaer en daños incidentales, de lo contrario el subalterno no se podrá justificar en caso de error militar alegando la obediencia debida

- **Ejecución**

Este desarrollo de las operaciones militares se hace posterior al análisis en detalle del OM y su situación particular, como el método de ataque y el armamento a emplear. Así se completa la información indispensable para controlar el cumplimiento de las normas del DIH y determinar las violaciones previsibles por daño incidental a personas o bienes protegidos. En este caso, el análisis aplicado permite detectar las deficiencias de las operaciones previstas, sus consecuencias, y efectuar las correcciones adecuadas. Adicionalmente, si aún con el riesgo de producir violaciones existe la imperiosa necesidad militar de realizar las operaciones planificadas, el conocimiento de sus consecuencias facilita el encuadramiento de las acciones para el cumplimiento de la misión y su conciliación con las justificaciones admitidas en las leyes del DIH.

Aunado a lo expuesto, es claro para la Corte Constitucional que todo militar debe conocer su proceso militar para la toma de decisiones, al igual que el contenido de cada orden militar, sin embargo, aclara que no puede haber una obediencia debida ciega derivada de la disciplina militar en *stricto sensu*, sino que de acuerdo con las circunstancias debe valorar si cumple o no la orden militar. Alrededor de ello es oportuno citar este apartado de una sentencia:

La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohíja la Corte, no solamente

corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede. (Sentencia C-578, 1995, preámbulo)

[En efecto], cualquiera que sea la postura que se adopte, la obediencia debida, como causal de ausencia de responsabilidad, parte de una distinción entre la posición del comandante militar que emite la orden y la del subalterno que está obligado a ejecutarla, sin grandes posibilidades de examinar, rectificar o rechazar lo que le ha sido ordenado. (Carranza, 2009, p. 26)

Por lo cual, debe originarse en el cumplimiento de una orden legítima con características esenciales y de la naturaleza apegadas a la Constitución y la ley, con lo cual, las órdenes que carecen de tal aspecto de legalidad no resultan fehacientes para tornar procedente la figura jurídica.

El problema identificado a nivel institucional es que en múltiples ocasiones se emiten órdenes en la marcha sin llevar a cabo un planeamiento concienzudo, estas órdenes, sin ningún tipo de valoración formal, son las que generan la controversia para la aplicación de la causal de justificación. En conclusión, la orden debe ser plenamente legal y tener todos los requisitos administrativos que se expusieron en materia disciplinaria y administrativa en el capítulo.

Capítulo II. Derecho internacional y estándares internacionales que delimitan el concepto de la posición de garante

2.1 Generalidades

La dogmática jurídico penal que cimenta la estructura de la posición de garante tiene alrededor de 81 años de constante evolución, desde que en Alemania Nagler replanteó que “la comisión por omisión solo puede ser asumida si la inactividad se muestra como una acción en el sentido del tipo y equivale con ello a la actividad según la voluntad de la ley” (Nagler, 1938, p. 53).

El criterio para identificar qué omisiones resultarían adecuadas al respectivo tipo de delito comisivo no es otro, según Nagler, que el criterio de la posición de garante; pues en la medida en que quien omite la acción impeditiva del correspondiente resultado está jurídicamente obligado a garantizar la indemnidad del bien jurídico, cuyo menoscabo es constitutivo de ese mismo resultado, por lo tanto la figura de la posición de garante, surge de un deber de protección que por medio de la ley se impone y el hecho de no acatar o de realizar una acción esperada por la ley hace que automáticamente se responda por la conducta esto es comisión por omisión, dice Nagler, su omisión del impedimento de tal resultado se encontraría "*jurídicamente en el mismo nivel que la actividad designada en el tipo legal*" (Nagler, 1938, p. 60). Por ello, el garante estaría en condiciones de quebrantar la respectiva norma de prohibición tanto por vía de una "*acción ejecutiva*" como por vía de "*pasividad*" (Nagler, 1938, p. 61). Fue hasta 1959 que Amin Kaufmann como se citó en Nagler (1938):

[...] revisó integralmente las cuestiones relativas a la llamada comisión por omisión, asistimos a una nueva formulación general de la dogmática de la omisión en el que la

responsabilidad surgida de la posición de garante de una conducta precedente ha merecido dicho tratamiento. (p. 1)

En ese sentido, Kaufmann como se citó en Nagler (1938) llegó a una importante conclusión en torno al tema de los delitos de comisión por omisión, esta es descrita de la siguiente manera:

[...] la omisión impropia es un delito de comisión porque en ella se lesiona la prohibición de producir un resultado; esta prohibición es lesionada si, y porque, no se ha cumplido un mandato de impedir el resultado, la falta de evitación del resultado es explicada nuevamente como una omisión que es un delito de comisión, en el caso de lesionar una prohibición. (p. 19)

De lo expuesto se puede inferir que la lesión de un deber de omitir depende de la lesión de un deber de actuar, por lo que se determina en su misma naturaleza que los delitos de comisión por omisión necesariamente tienen implícitos un deber de actuar, si bien es cierto que en múltiples ocasiones el Estado legislador no puede someterse a regular todas las conductas de omisión. Es menester aclarar que el autor de conductas de comisión por omisión debe conocer de forma mínima el rol que está cumpliendo ante la sociedad.

Es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, quienes al tener de forma implícita un marco de funciones reconocido a través de la Constitución Política, entre las que se encuentran:

Proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, así como “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 217)

No se pueden desprender de su rol ni desconocer en ninguna medida su deber en la sociedad.

Lo anterior ocurre puesto que se presume de forma intermitente la posición de garante de los mismos frente a la sociedad colombiana. Corolario a lo expuesto:

[...] constitucional y legalmente se ha impuesto a los miembros de la fuerza pública una serie de obligaciones, que al ser desatendidas dan lugar a la imposición de la sanción contenida en el artículo 424 del Código Penal, al concurso con otros tipos penales, o la aplicación única de aquéllos, cuando el funcionario judicial al momento de analizar los supuestos fácticos relevantes para el derecho penal, considere y debidamente argumente que no existe un eventual concurso, acorde con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios existentes para desatar el tema de la unidad o pluralidad de conductas. (Sentencia C-1184, 2008, preámbulo)

2.2 Definición de la posición de garante

La posición de garante es una teoría en derecho penal, la cual ha sido desarrollada por la jurisprudencia, a partir del artículo 25 del Código Penal, Ley 599 de 2000, el cual señala de forma expresa:

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución y/o la ley. (Art. 25)

A continuación se aborda este concepto en otras palabras:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. (Sentencia C-1184, 2008, preámbulo)

En sentido amplio, se puede definir el concepto de la posición de garante como la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad.

Así, sobre la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, la Corte Constitucional ha expresado que “las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho” (Sentencia 35899 de 2011; Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo). En tal sentido, también señala que el artículo 217 de la Constitución dispone:

[Que] es función de las Fuerzas Militares garantizar el orden constitucional. Dicha orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. (Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo).

Tales derechos constituyen los bienes respecto a los cuales el Estado tiene el deber irrenunciable de protegerlos. Frente a las agrupaciones armadas, guerrilla o paramilitares que son grupos amados organizados, la Corte Constitucional manifiesta:

[...] las Fuerzas Militares tienen una función de garante del orden constitucional, que se ve desdibujado por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de armas. (Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo)

Según lo dicho, se puede inferir que las Fuerzas Militares de Colombia como complemento a la misión constitucional y fuente directa de la posición de garante por la misma esencia de su función, desarrollan cada una de sus capacidades en el marco del derecho operacional; cabe recordar que este derecho limita el uso de la fuerza en contexto de hostilidades y tiempos de paz y, a su vez, sirve como guía de preparación para las operaciones militares en los marcos legales y estándares mínimos (situación, misión, ejecución, apoyo y servicios para el combate y comunicaciones) frente al DIH y los derechos humanos.

En otras palabras, el comandante militar está sometido al imperio del derecho operacional toda vez que debe garantizar un adecuado manejo de los contextos jurídicos operacionales, y velar en todo momento por la legitimidad.

2.3 Concepto y marco jurídico del derecho operacional

En concordancia con el principio de especialidad consagrado en el artículo 3° de la Ley 1698 de 2013:

[...] se entiende por derecho operacional 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.

Ahora bien, el marco conceptual del derecho operacional no deviene del marco jurídico interno, sino de un desarrollo normativo consuetudinario sustentado desde la primera y segunda conferencia de la paz, en la cual surgió el derecho de la Haya. Este último trata sobre los métodos y medios de guerra lícitos en la conducción de hostilidades, lo cual claramente señala la protección de personas y bienes civiles durante una confrontación armada. Cabe añadir que el derecho operacional:

[...] tiene su origen en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero el abordaje de estas normas es absolutamente técnico, dentro de un proceso específico de toma de decisiones, persiguiendo que toda operación militar en cualquier circunstancia, cumpla con el uso de la fuerza de manera legítima para evitar problemas de distinta índole. (Mejía, 2015, p. 471)

Por otra parte, la remisión al derecho operacional para la calificación de las conductas de los miembros de la fuerza pública no es inconstitucional, puesto que según el Decreto 1070 de 2015, éste integra la legislación nacional, el derecho internacional y la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos y DIH, relativos al planeamiento, la ejecución y el seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la fuerza pública. Por ende, se puede decir:

[Que] estas reglas constituyen el marco para valorar las conductas de los miembros de la Fuerza Pública, ya que este define los protocolos que se deben seguir en estos escenarios especiales, que se rigen por reglas distintas a las que operan de manera general para el conglomerado social. (Sentencia C-674 de 2017, preámbulo)

En consonancia, el Estado colombiano, a través de la Ley 5 de 1960 aprueba el Acta Final y los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949. En

ese sentido, adopta toda la normatividad correspondiente a la regulación de los conflictos armados de carácter internacional. Al respecto, baste aclarar lo siguiente:

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. (Sentencia C-225 de 1995, preámbulo)

Colombia es un modelo a seguir en materia de DOPER (derecho operacional), puesto que como una garantía en el manejo y la conducción de las hostilidades a nivel de Latinoamérica, y en pro de garantizar la legitimidad institucional, a lo largo de los últimos 10 años ha implementado en su sistema jurídico la incorporación masiva de los asesores jurídicos operacionales. Estos asesores tienen su génesis a nivel internacional con el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que en su artículo 82 dispuso:

Las Altas Partes contratantes en todo tiempo, y las Partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas.

Del fundamento legal expuesto cabe resaltar, para efectos de la legislación colombiana, que el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra se adoptó mediante la Ley 4 de 1992. En lo relativo a los asesores jurídicos operacionales, se puede considerar que la mencionada figura es catalogada como una obligación general que tienen todos los Estados parte para dar a conocer la

normatividad que delimita el marco jurídico del DIH, y en particular el estudio del procedimiento militar para la toma de decisiones que debe estar al alcance de cada una de las instrucciones militares.

Según el artículo 82, se definió de forma laxa la función de los asesores jurídicos operacionales, puesto que tienen dos directrices esenciales que se estructuran así:

- Deben asesorar a los comandantes sobre la correcta aplicación de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo Adicional I.
- Deben asesorar al personal militar sobre la forma como se integran los tratados internacionales en materia de DIH y DIDH a cada una de las operaciones militares.

Corolario de lo anterior, el personal que se desempeñe como AJOPE (asesor jurídico operacional) debe tener un alto nivel de conocimiento en materia de derechos humanos y DIH. Es pertinente resaltar que el gentilicio AJOPE, reviste un carácter netamente preventivo con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgos o de daños incidentales que se puedan presentar en ejecución o desarrollo de una operación militar.

De otro lado, el Comité Internacional de la Cruz Roja, a través del concepto que versa sobre el servicio de asesoramiento en DIH, desarrolló toda la temática que demarca la misionalidad de los asesores jurídicos operacionales tanto en un contexto de paz como de conflicto armado; así, la misión del AJOPE se puede condensar de la siguiente forma:

La misión de los asesores jurídicos difiere dependiendo del periodo del que se trate: tiempo de paz o tiempo de conflicto armado.

En tiempo de paz, la tarea principal de los asesores jurídicos consiste en cooperar en la enseñanza del DIH y en garantizar que este se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles. El público destinatario estará constituido, en particular, por alumnos de escuelas

militares, miembros del Estado Mayor de la unidad a la que pertenecen, directivos subordinados y de la tropa, especialmente por lo que atañe a los ejercicios operacionales.

(Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, p. 2)

Asimismo, los asesores pueden colaborar en la formación de asesores adjuntos quienes, a su vez, podrán ser destinados a unidades subordinadas, participar en la preparación de ejercicios en gran escala y en la elaboración de planes de operaciones de tiempo de guerra, así como evaluar las consecuencias jurídicas de su ejecución, teniendo en cuenta, sobre todo, los métodos y medios previstos. También se podría involucrar a los asesores al proceso de examen de las armas nuevas y de los nuevos medios y métodos de combate, según lo estipulado en el artículo 36 del Protocolo Adicional I.

En periodo de conflicto armado, la función del asesor jurídico consiste esencialmente en asesorar con respecto a la aplicación y al respeto del DIH. En ese marco, los asesores jurídicos pueden dar su opinión sobre las operaciones militares previstas o las que están en curso, aportar sus conocimientos para analizar un problema específico con el que estén confrontados los comandantes, verificar el correcto desarrollo de los procedimientos de la consulta jurídica por lo que atañe a los subordinados, y recordar a los comandantes sus obligaciones, estipuladas en el artículo 87 del Protocolo Adicional I (deberes de los jefes).

Cuando se trate de operaciones conjuntas o multilaterales, los asesores jurídicos pertenecientes a los distintos cuerpos de las fuerzas armadas participantes cooperarán con miras a garantizar cierta coherencia, especialmente en materia de interpretación de las normas aplicables. No obstante, cabe señalar:

[Que] la función de los asesores jurídicos no es reemplazar a los comandantes militares que, en cualquier caso, conservan la primacía y la responsabilidad en el proceso de

decisión. La misión de los asesores jurídicos se limita pues a instruir al oficial superior que ha de actuar en un entorno jurídico cada vez más complejo. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, p. 2)

Al hilo de lo expuesto, conforme a la naturaleza y rol de los asesores jurídicos operacionales, los comandantes a todo nivel deberán tener en cuenta las siguientes instrucciones:

- A. Garantizar la participación del asesor jurídico operacional en todas las fases del procedimiento militar para la toma de decisiones, como la fase de planeamiento, ejecución y evaluación de la operación militar.
- B. Garantizar que el personal destinado al desarrollo de operaciones militares sea capacitado y orientado de manera extracurricular en procedimientos jurídicos operacionales y reglas para el uso de la fuerza, en el marco del DIDH y del DIH, por el asesor jurídico operacional.
- C. Los asesores jurídicos operacionales, como oficiales del cuerpo administrativo, no deben ser nombrados para prestar servicios que requieran la toma de decisiones, tales como oficial de inspección, oficial de servicio, oficial de guarnición, oficial disponible, oficial de semana, oficial en los Centros de Operaciones de División, Fuerzas de Tarea, Brigadas y/o de Unidades Tácticas (COD-COF-COB-COT), debido al grado de responsabilidad y experiencia que debe asumir.
- D. Los comandantes en todo nivel deberán apoyarse en los asesores jurídicos operacionales para asistir a los Comités de Justicia Transicional, como máxima instancia de las víctimas según la Ley 1448 de 2011, los Comités Municipales territoriales de prevención y reacción rápida, a los consejos de seguridad y a los CI2RT (Centro Integrado de Inteligencia para la Restitución de Tierras), PRECOLR (Reunión Preparatoria para el

Comité Operativo Local para la Restitución de Tierras) y COLR (Comité Operativo Local para la Restitución de Tierras).

Como se dijo, la implementación de los asesores jurídicos operacionales proviene del mandato legal establecido en el Protocolo I Adicional, en su artículo 82, el cual consagra la figura del asesor jurídico como un instrumento del comandante para la determinación del uso de la fuerza bajo el respeto y acatamiento de las normas del DIH. De este modo, a nivel interno, la Corte Constitucional, al realizar el análisis de constitucionalidad del Protocolo II Adicional, estableció el cumplimiento de una serie de deberes específicos dentro de los cuales se encuentran:

El deber de impartir [...] los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; y [...] el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial, necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario. (Sentencia C-291 de 2007, num. 1.3.1)

Respecto al Ejército Nacional, allí se implementó la figura del AJOPE mediante la, la cual creó y activó el cargo de asesor jurídico operacional. A partir de la expedición de la Directiva 0181 de 2012, la Dirección de Asesoría Jurídica Operacional pasó de la Jefatura de Operaciones a ser parte de la Jefatura de Derechos Humanos y DIH, con el fin de propender por la imparcialidad de la asesoría a nivel operacional. El Ejército Nacional hoy en día cuenta con más de 140 asesores jurídicos operacionales distribuidos en las diferentes unidades operativas: mayores, menores y tácticas.

2.4 La responsabilidad del asesor jurídico operacional

Todo abogado es responsable del correcto ejercicio de su profesión y de la asesoría que les presta a los comandantes. Alrededor de ello, el Consejo Superior de la Judicatura, sala disciplinaria, ha señalado lo siguiente: “El ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión de abogado, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales” (Sentencia 2011-04353 de 2016). En ese mismo orden de ideas, el Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 de 2007, le asigna un nuevo deber de relevancia constitucional, consistente en la defensa y promoción de los derechos humanos. Adicionalmente, el AJOPE debe estar en la capacidad de apartarse de la decisión del comandante, cuando considere que la conducción de operaciones no se ajusta a los preceptos constitucionales y legales.

Finalmente, por la naturaleza del derecho penal, en aras de observar si el comandante militar puede o no responder en posición de garante de una operación militar por la asesoría del AJOPE, cabe destacar que el nivel de mando no se delega, por lo tanto, las facultades de emitir y de hacer seguimiento a las ordenes *per se* recaen en el comandante. De ahí que el AJOPE no tenga responsabilidad por posición de garante, puesto que la misma es por ejercer las funciones de mando y control respecto a situaciones fácticas que se presenten con ocasión del desarrollo de operaciones militares.

2.5 Instrumentos internacionales que delimitan la responsabilidad del comandante militar

A partir del bloque de constitucionalidad, el Estado colombiano ha incorporado todos aquellos instrumentos internacionales a partir de “tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los Derechos Humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción,

prevalecen en el orden interno” (Constitución Política de Colombia de 1991, Art. 91). En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu” (Sentencia C-067 de 2003, preámbulo).

Conforme a lo dicho, es claro que los instrumentos internacionales que versan sobre la materia de DIDH y DIH, sirven como complemento esencial de todos aquellos principios constitucionales que sirven como fundamento del Estado Social de Derecho y que, a su vez, implican la mayor de las garantías, no solamente frente a la población civil en general, sino para los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia.

Es con ocasión a los mismos que *prima facie* se puede encontrar la figura de la posición de garante para los comandantes militares por la misma esencia y naturaleza de su función, que no es otra que la de ordenar y controlar dentro del marco legal. Al respecto se tienen los siguientes instrumentos del derecho internacional humanitario que definen la omisión y la responsabilidad.

El Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, determina:

[...] las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal

infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción, tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción. (Art. 86)

Por consiguiente, el artículo señalado dentro de los Convenios de Ginebra es esencial para la valoración de la posición de garante en el sentido de que el comandante militar que conozca de un comportamiento reprochable de sus subalternos, y no desarrolle ningún tipo de gestión para que no se produzca un resultado en contra de la ley, deberá asumir la responsabilidad del hecho toda vez que tiene implícito un deber de actuar y de encontrar todas las medidas y formas necesarias de control para que no se produzcan lesiones a bienes jurídicos.

Este deber implícito de actuar y de impedir que se produzcan infracciones a la ley y al DIH se encuentra señalado en el mismo Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en este aparte:

Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. (Art. 87)

De ahí que con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las altas partes contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las Fuerzas Armadas, bajo sus órdenes, tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

En relación con lo aclarado por los Convenios de Ginebra, es importante señalar que en los distintos procesos de justicia transicional para cada uno de los países en conflicto armado interno, se crearon tribunales AD HOC especializados para investigar todos los graves crímenes de guerra e infracciones al DIH, de los cuales frente a la posición de garante se resaltan los siguientes pronunciamientos:

En primer lugar, para el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, se tiene que dentro del estadio de la responsabilidad penal individual:

El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

(Art. 7)

Una medida de integración de la pena dentro del Estatuto para la ex Yugoslavia, es el hecho de que un acusado que haya actuado en ejecución de una orden de un Gobierno o de un superior, no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia.

En segundo lugar, para el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, la posición de garante se encuentra en el mismo nivel y descripción típica fiada en el Estatuto para la ex Yugoslavia. Sin embargo, se aclara en la disposición legal que la condición de funcionario no lo exonerará en ningún caso de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle al mismo. Esa responsabilidad se extenderá a los delitos cometidos por subordinados si los superiores

responsables no adoptaron las medidas pertinentes a su alcance para prevenir o evitar esas conductas.

De igual manera, se elimina la posibilidad de que los subordinados, a su vez, puedan ampararse o intentar relevarse de responsabilidad penal invocando la obediencia debida a una orden de sus superiores. Por lo que la causal de justificación o de ausencia de responsabilidad, denominada obediencia debida, no tiene cabida en estos instrumentos de la justicia transicional, en el sentido de que se debe buscar por encima de una condena penal el resarcimiento del daño, y como sucede en Colombia, se busca la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición por encima de sobrellevar un juicio y una imputación de un delito cometido en tiempo y modo dentro del conflicto armado interno.

Se puede concluir que la asignación de comandar tropas militares viene acompañada de una amplia autoridad y una gran responsabilidad. Esto ha sido cierto en todos los ejércitos a lo largo de la historia. Mas es absurdo considerar a un comandante un homicida o un violador, debido a que uno de sus soldados comete un homicidio o una violación. Sin embargo, donde homicidios y violaciones o actos de venganza son delitos generalizados y no hay un intento efectivo de un comandante por descubrir y controlar dichos actos criminales, tal comandante puede ser considerado responsable, incluso penalmente, por los actos ilegales de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que los rodean.

En tercer lugar, el Estatuto de Roma, de forma plausible, establece el alcance y el condicionamiento de la responsabilidad del comandante, así:

[...] otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la

Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. (Art. 28)

2.6 Elementos de la responsabilidad del mando y posición de garante

- A. Control efectivo sobre los subordinados
- B. Elemento cognitivo.
- C. Ausencia de toma de medidas necesarias y razonables.

2.6.1 Del control efectivo sobre los subordinados

El comandante militar tiene todos los medios necesarios para ejercer su mando, control y seguimiento a las acciones que desplieguen cada uno de sus hombres en el área de operaciones, por lo tanto debe adoptar todas y cada una de las medidas necesarias y razonables que impidan la comisión de una conducta punible; es por lo expuesto que se deviene la responsabilidad por falta de control efectivo a los subordinados cuando el superior deja de actuar u omite su deber como comandante, esto es que por la omisión impropia el no ejecutar su mando deriva la comisión de una conducta punible por parte de sus subordinados.

De los elementos reunidos por el Estatuto de Roma es claro que el comandante no está obligado a lo imposible, desde la óptica de haber por lo menos emitido instrucciones a sus subalternos y haber demarcado sus políticas con el fin de que no se diera alcance a una conducta criminal.

Particularmente se ha determinado que no es necesario que el superior desempeñe de jure una posición jerárquica, sino que basta ejercer autoridad de hecho sobre el autor directo del crimen para imputar la responsabilidad penal de una persona. Lo que es verdaderamente importante es determinar si el superior tiene poderes reales para controlar los actos de sus subordinados, y al respecto, los tribunales internacionales ad hoc aplican el criterio de "control efectivo" basándose en las pruebas específicas de cada caso, a fin de saber si el superior tiene la capacidad material de evitar y castigar la conducta criminal. (Cruz Roja Internacional, 2014, p.12)

En caso a lo expuesto la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el caso Mucic y otro conocido como el caso Celebici, estableció: “[...] la cámara

de juzgamiento aplicó el test correcto si Delic (uno de los acusados) ejerció el control efectivo al tener la capacidad material para prevenir o castigar crímenes cometidos por sus subordinados”.

Se puede concluir que para el tribunal el control efectivo es:

- Del superior al subordinado
- Efectivo si el superior tiene la capacidad para prevenir o castigar la conducta criminal de su subordinado.

Entretanto, la Corte Penal Internacional en el caso Bemba reiteró que el control efectivo, como uno de los elementos de la responsabilidad del mando, se refiere a las relaciones jerárquicas de superioridad, aclara lo siguiente:

A los efectos del apartado a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, a raíz de la aplicación jurisprudencial, la sala considera que el ‘control efectivo’ requiere que el comandante tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes. (Cruz Roja Internacional, 2014, p.14)

Por lo tanto el comandante militar que teniendo los medios necesarios para entablar la disciplina y el orden, pero que no los aplica no da a conocer a sus hombres la intención operacional, por el simple hecho de no actuar no está ejerciendo el control efectivo respecto a sus subordinados, lo cual a la luz del ya señalado Estatuto de Roma reúne uno de los requisitos para la responsabilidad por posición de garante.

2.6.2 Del elemento cognitivo

El conocimiento del hecho para el comandante militar, puede ser un actual o inferido. Es importante resaltar que el hecho de que las distintas fuentes normativas del elemento del conocimiento puedan tener formas gramaticales diferentes para prescribir el elemento cognitivo,

no cambia de por sí el estándar. Es así como en relación con el conocimiento inferido hay múltiples formas de establecerlo normativamente, por ejemplo: haber debido conocer, saber o tener información que le permite concluir, o deliberadamente desechó información que le permitía concluir, entre otros. Todas estas, son expresiones de un mismo elemento del conocimiento inferido.

Respecto a ello, el comandante militar, al tener una formación académica en el área de ciencias militares en la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova, tiene conocimiento plausible de su rol constitucional, su misión institucional y la práctica de escenarios que lo revisten de autoridad para ejercer el mando. Por ende, cuenta con las herramientas jurídicas suficientes para dirigir las unidades militares. En ese sentido, la responsabilidad se predica de un deber y debe asumir los riesgos permitidos en la ejecución de las operaciones militares o de las labores que desempeñe.

2.6.3 Ausencia de toma de medidas necesarias y razonables

El comandante militar en cualquier operación militar debe responder a un procedimiento militar para la toma de decisiones (quién, qué, cuándo, dónde, para qué). Toda acción que vaya a realizar debe nacer de un planeamiento el cual busca:

[...] determinar con claridad los objetivos que se quieren lograr y los planes de acción con la especificación de los responsables, plazos y recursos requeridos. Implica fijar prioridades, ejecutar las acciones en forma organizada y hacer seguimiento y control para asegurar el logro de los resultados. (Petreaus, s.f., p. 42)

La gran falencia en materia de responsabilidad por la posición de garante del comandante militar deviene por la falta de planeamiento, toda vez que se debe valorar qué unidad militar va a desarrollar la operación, para verificar si la unidad cumple por lo mínimo con el entrenamiento necesario por la capacidad de maniobra y la experiencia en el área de operaciones, debe analizar qué tipo de operación se va a desarrollar obviamente basado en los informes de inteligencia y el concepto del oficial de operaciones de la unidad, los cuales advierten la presencia de grupos especiales, informes de riesgo alertas tempranas, medidas cautelares y situaciones que puedan afectar la unidad como la población civil. A través de los planeamientos basados en el proceso militar para la toma de decisiones el comandante militar se encarga de tomar todas las medidas necesarias y razonables que tienen cabida para imposibilitar la comisión de delitos por parte de sus subalternos; un mal ejercicio del mando con ocasión a omitir dar una instrucción clara, precisa, concisa y en ese sentido no controlar la acción de sus hombres en desarrollo de una operación militar es lo que ocasiona el incumplimiento del último de los requisitos que trae consigo mismo el estatuto de Roma para endilgar la responsabilidad al comandante militar por posición de Garante.

2.7 Conducta omisiva y posición de garante en el derecho español

Para el derecho Español existe una tensa discusión emanada por los problemas de compatibilidad de los delitos denominados de omisión con el principio de legalidad, lo cual advierte un posible daño para el Estado de derecho. Para la gran mayoría se trata de delitos que no están regulados legalmente, o que no lo están de un modo expreso o explícito, “estos problemas de legalidad de los llamados delitos de comisión por omisión estarían asociados según

una opinión muy extendida, a las dificultades de construcción o de elaboración dogmática de tales tipos penales” (Casabona, 1994, p. 926).

Ahora bien, como en el resto de los ordenamientos jurídico-penales, en el derecho penal español el comportamiento humano punible puede desarrollarse a través de una acción u omisión. De acuerdo con el artículo 1º del Código Penal español “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”.

El mecanismo jurídico a través del cual los delitos que no están contemplados en la disposición normativa española –con el fin de llegar a ser sancionados por claras conductas que afectan los bienes jurídicos– serán sancionados únicamente a través de la posición de garante, que se define para ese ordenamiento jurídico como “la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico” (Cobo, 1990, p. 760). Como ejemplos de las situaciones que contempla la legislación española se tienen los siguientes:

- a) Posición de garante que tiene la fuente en la ley.
- b) La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar.
- c) Posición de garante surgida de un actuar precedente.

2.7.1.1 Posición de garante que tiene la fuente en la ley

La mayor parte de los autores fundamentan la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. “La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales” (Üneca, 1986, p. 195), como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Como ejemplo de lo anterior se pueden citar, con fundamento en la ley, que se reconocen sobre todo las obligaciones que emanan de la estrecha relación familiar, para lo cual los “artículos 68, 154.1 y 155 del Código Civil español” dan claridad de la posición de garante que tienen los padres con sus hijos en relación con la vida.

Esta opinión se refuerza, además, con el argumento de la existencia del tipo agravado del parricidio, y del carácter agravante de la circunstancia de parentesco del artículo 11 en los delitos contra las personas, cuyo fundamento radicaría en que “el atentado de un pariente a otro supondría, además de la lesión del bien jurídico, una infracción de aquellos deberes específicos determinante de una mayor gravedad de lo injusto” (Cerezo, 1994, p. 359).

Aunado a lo anterior, cabe anotar que no solo a nivel socio familiar se puede vislumbrar el concepto de la posición de garante, pues que en España el ejercicio profesional es indispensable para asumir su rol social, en este sentido existe de manera indirecta la posición de garante, por ejemplo, en el caso del “médico respecto a la vida de sus pacientes” (Bajo, 1991, p. 12). Por lo tanto, hay determinadas profesiones que en contexto tendrán un manejo de los bienes jurídicos, y como consecuencia de una falta de diligencia se adentrará al estadio de responsabilidad por omisión impropia constitutiva *sui generis* a la posición de garante.

2.7.1.2 La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar

“En la jurisprudencia se atribuye esta categoría de posición de garante” (Dubón, 1992, p. 990). Como claro ejemplo de ello se tiene el del socorrista de la playa, el cual tiene una posición de garante respecto a los bañistas al velar por su derecho fundamental a la vida; asimismo, el guía alpino que “asume la seguridad de los excursionistas” (Üneca, 1986, p. 195), quien debe velar por la seguridad del grupo al emplear los elementos necesarios para evitar accidentes.

2.7.1.3 Posición de garante surgida de un actuar precedente

La opinión doctrinal es “prácticamente unánime en el sentido de atribuir posición de garante a quien creó el peligro voluntariamente” (Cobo del Rosal, 1990, p. 341). Al respecto, se puede delimitar el tipo penal de homicidio por “omisión del deber de socorro delimitado en el párrafo tercero del artículo 489 del Código Penal español, en el cual se omite el auxilio debido por parte del causante del accidente” (Ley Orgánica 10 de 1995, Art. 195).

El principal antecedente para la legislación española, en la cual se comienza a utilizar el término de comisión por omisión, es a partir de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 1984 en el siguiente tenor:

[...] de la declaración de hechos probados aparece destacado con toda evidencia el dolo directo de muerte impulsado por un móvil honoris causa al dejar abandonada a la hija recién nacida después de cortar el cordón umbilical: comisión por omisión que es equivalente a la acción por la seguridad, dadas las condiciones del lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado en el tejado de un vecino, de que necesariamente habría de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre.

A través de la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de junio de 1990, también se cimentó la estructura del tipo de omisión impropia, pues debe existir un reconocimiento de los sujetos en el delito a partir de una relación que se crea, donde existe el garante de la víctima y el daño al bien jurídico tutelado:

[...] tanto la doctrina como en la jurisprudencia consideran que para que pueda entenderse cometido un delito de comisión por omisión, es imprescindible que el sujeto

inculpado tenga la cualidad de garante de la víctima, o lo que es lo mismo, esté obligado, por circunstancias concretas, a evitar la realización del hecho, circunstancias que pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay dos -en el caso- de evidente carácter definitorio: haber creado el peligro que desencadena la acción: y haberse desarrollado está en su propio domicilio, a su presencia y con proporción de medios a los otros coautores.

Estos ejemplos jurisprudenciales bastan para entender y afianzar las características y la estructura sobre la comisión por omisión, así como la posición de garante en la legislación española, la cual se puede resumir en los siguientes parámetros:

- La figura jurídico-penal de la posición de garante se puede ejemplarizar como un deber de actuar frente a determinados riesgos o siniestros.
- La posición de garante tiene su génesis arraigada a un concreto de ciudadano por diferentes vínculos, obligaciones o mandatos legales que se infieren del derecho.
- La posición de garante se deriva por la omisión de una determinada conducta que si se hubiera efectuado de manera directa hubiese eliminado cualquier tipo de daño o perjuicio.
- A la posición de garante se le exigen todos los requisitos necesarios para determinar la culpabilidad en la comisión por omisión.
- El Tribunal Supremo de España ha evolucionado hasta comprender de forma general la exigencia de responsabilidades por cualquier tipo de omisión, sea culposa o sea dolosa. No limitándose a tipos penales concretos.

Capítulo III. De la posición de garante en Colombia

El derecho penal colombiano actualmente soluciona sus problemas de criminalidad y da alcance a los contenidos de la pena a través del sistema finalista, con el máximo exponente Hans Welzel. El sistema punitivo funcionalista se ha acoplado gradualmente en la jurisprudencia – objeto de estudio– en materia de posición de garante, el cual procede de la escuela de Jeremy Bentham y Niklas Luhmann; a partir de la teoría de los sistemas sociales en los cuales el individuo se encuentra dentro de un sistema de roles que generan una expectativa de comportamiento y un deber ser ante la sociedad, esto con el fin de generar una conducta acorde a los acontecimientos sociales y fácticos. Ahora bien, en caso de que no se cumpla con estos roles, le corresponderá al derecho penal determinar si esa conducta es objeto de sanción por parte del Estado.

El derecho penal ha definido varios elementos que configuran la imputación objetiva para determinar cuándo una conducta es reprochable o imputable a un sujeto, estos son “el principio de confianza, la posición de garante, la acción a propio riesgo, la prohibición de regreso y el fin de protección de la norma” (Molina, 2013, p. 51). A su vez, el estadio de responsabilidad de imputación objetiva tiene tres fases para determinar la responsabilidad, a saber, “el riesgo jurídicamente desaprobado, que el daño sea producto de la realización del riesgo y que la pertenencia del resultado sea inmersa en el ámbito de la protección de la norma” (Molina, 2013, p. 60). Es así:

[Que] la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las

derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida. (Sentencia 1991-00789 de 2007, num.4)

3.1 Principio de solidaridad

Al considerar que modelo de Estado colombiano no es otro que el de Estado social de derecho, se tiene que la posición de garante parte en su estructura básica y fundamental como un criterio constitucional de solidaridad y prevalencia del interés general. Al respecto la constituyente dispone lo siguiente:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 1)

Asimismo, esta consagró como un deber y obligación “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 95). Por lo anterior, el marco jurídico ha impuesto a los ciudadanos colombianos la obligación de coadyuvar a los demás y buscar la afectividad de sus derechos. Al respecto, la Corte define el principio de solidaridad:

[Como] un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la

solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de estos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental. (Sentencia C-767 de 2014, preámbulo)

No obstante, un sector de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha cuestionado el precepto de solidaridad como fundante de la teoría de posición de garante, al considerarlo un postulado general y abstracto, de manera que el principio sólo se puede aplicar en situaciones específicas consagradas taxativamente en la ley, mas no en la moral o en lo social, por cuanto un comportamiento solo es obligatorio en la medida en que la coerción legal así lo dispone.

Evidentemente, el artículo 95 de la Constitución Nacional en desarrollo del artículo primero de la Carta, que:

Funda a Colombia en la solidaridad de las personas que la integran, al lado de los principios de dignidad y de prevalencia del interés general, así como en el derecho al trabajo, enuncia los deberes de la persona y del ciudadano, y dentro de ellos alude al de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Esta disposición fundante, sin embargo, no conforma posición de garante, primero, porque es un enunciado general y abstracto; segundo, por cuanto este postulado quiere resaltar, como exigencia del Estado social, la preeminencia, como anhelo, de la comunidad, del altruismo, sobre el individualismo y el egoísmo que caracteriza al Estado liberal escueto; tercero, porque, como es sabido, la posición de garante solo se puede predicar de situaciones concretas, especificadas en la ley, jamás en la ley moral o social;

y, cuarto, porque, como es obvio, ese deber se torna imperativo, con fuerza y capacidad coercitiva, solo cuando la ley en cumplimiento y desarrollo de la Constitución, lo establece.

Por lo expuesto se puede deducir que la Constitución plasma el principio de solidaridad social, y a la ley le compete en cada caso, fijar el contenido y alcance de esos deberes. En relación a ello, a través de la Sentencia de Unificación 1184 de 2001 la Corte Constitucional desarrolló el alcance y el contenido material que dentro de la imputación objetiva se puede desarrollar la posición del garante, en este sentido:

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. (Preámbulo)

3.2 Posición de garante miembros de la fuerza pública

En este contexto se tiene que el comandante militar responde dentro de la posición de garante por el precepto constitucional consagrado en los artículos 1, 2, 11, 41, 90, 93 y del 216 al 221, así como también por lo preceptuado en cada una de las disposiciones legales que adoptan los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia dentro el marco de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, entre los cuales sobresalen:

Ley 11 de 1992, por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), adoptado en Ginebra, el 8 de junio de 1977.

Ley 171 de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.

Ley 554 de 2000, por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción", hecha en Oslo el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Ley 759 de 2002, por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal.

Ley 833 de 2003, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

Ley 469 de 1998, por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados", hecha en Ginebra, el diez (10) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), y sus cuatro (4) protocolos.

Dichos deberes son desarrollados en virtud del concepto de competencia, organización o vínculo institucional (Jakobs, 2002). Para Jakobs las relaciones entre el Estado y el ciudadano implican obligaciones a cargo del primero como consecuencia de un fundamento jurídico especial, que consiste en la preservación de los elementos irrenunciables del orden social; las cuales son impuestas por la Constitución y la ley. En este sentido, dado que Colombia es un Estado de naturaleza liberal y tiene un modelo social de derecho, le corresponde al Estado la obligación y el deber de velar por la seguridad y la tranquilidad de todos los ciudadanos, igualmente “le corresponde monopolizar el uso de la fuerza, especialmente porque el Estado de derecho debe garantizar su sometimiento a la ley” (Jakobs, 2002, p. 187).

Esta primera visión se puede considerar como fundamento teórico de la responsabilidad. Ahora bien, el comandante militar a nivel interno responderá dentro de la posición de garante por no acatar ni dar cumplimiento con lo consagrado en las directivas y resoluciones internas, dentro de las cuales, a efectos de aplicar el derecho operacional, se debe tener en cuenta la Disposición 002 de 2019. Asimismo, el grado de responsabilidad depende de la no aplicación de las órdenes de operaciones, las cuales se entienden como “el documento que dispone la ejecución de una

operación específica, en un futuro inmediato o muy próximo y en el cual se dan las instrucciones necesarias de situación de fuerzas amigas y del enemigo” (Ejército Nacional de Colombia, s.f., párr. 23).

En esta línea de argumentación, se tiene que la orden de operaciones es un acto administrativo de naturaleza compleja, por medio del cual se crean las obligaciones de desarrollar una operación militar específica en el marco jurídico que el ambiente operacional determine. En consonancia con lo expuesto, a través del manual de derecho operacional el Ejército Nacional analiza cada uno de los elementos esenciales constitutivos del acto administrativo que permiten la ejecución de operaciones militares, de la siguiente forma:

- A. Órgano competente: las órdenes de operaciones emanan de un órgano que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales hace parte de la administración pública, estas se emiten en el marco del mandato constitucional establecido en el artículo 217, así como en las competencias legales establecidas, entre otras, en el artículo 1° del Decreto Ley 1790 de 2000. Fundamentado en lo anterior, las órdenes de operaciones llevan implícita la identificación del órgano que las profiere y, por consiguiente, de la autoridad que las suscribe, que en esencia es el comandante militar designado como tal mediante el acto administrativo, que para tal fin haya dispuesto el régimen especial de carrera de las Fuerzas Militares.
- B. Voluntad administrativa: las órdenes de operaciones son el resultado de un proceso consciente e intencional, el cual se desarrolla durante las fases o etapas del planeamiento operacional; estas se emiten con la intención de dar cumplimiento a las normas que regulan la materia, y son asignadas al Ejército Nacional en beneficio de la población civil y la institucionalidad. En consecuencia, se puede afirmar que dentro de los núcleos

estructurales de la orden de operaciones, aquellos que corresponden a la misión y a la ejecución son los que determinan con claridad la voluntad de la administración.

- C. Contenido: este elemento se refiere a lo que dispone la orden de operaciones, es decir, al “qué”, el cual debe ajustarse a las normas jurídicas aplicables al planeamiento, la ejecución y la evaluación de la operación militar.
- D. Motivos: la motivación de las órdenes de operaciones se fundamenta en las fases del planeamiento operacional, donde en principio se determina la función que se pretende cumplir, esto es, la protección de la soberanía, la independencia la integridad del territorio nacional o del orden constitucional; para así analizar con posterioridad, entre otros aspectos, el contexto operacional, la evaluación del grupo armado organizado o grupo delictivo organizado, la información de inteligencia disponible, y los aspectos geográficos y climáticos de la zona. Por lo tanto, la orden de operaciones no surge de un capricho de la administración pública, sino que obedece en al cumplimiento de los mandatos constitucionales y/o legales, para lo cual sigue un procedimiento determinado en la doctrina militar, que demuestra la “necesidad” del uso de la fuerza militar. Principio de necesidad que se puede deducir como los condicionamientos humanitarios que debe evaluar el comandante militar para no generar un desgaste de armamento o un impacto negativo en la cantidad de sus efectivos, se debe analizar el contexto operacional en general y verificar que las armas a utilizar son las adecuadas por el terreno, así como también los hombres están debidamente entrenados para enfrentar el enemigo de acuerdo a las necesidades y obstáculos que se tengan en el terreno operacional.
- E. Finalidad: además de la finalidad que se determina de la orden de operaciones, en el preámbulo y el artículo 217 constitucionales, se tiene que esta “procura la obtención de

condiciones básicas de seguridad para la población civil, el libre ejercicio de las actividades de la institucionalidad, la protección del medio ambiente, así como la protección de sus habitantes y sus bienes” (Ejército Nacional de Colombia, 2017, p. 4).

Es así que la aplicación de los actos administrativos complejos da luz a la responsabilidad penal con incidencia administrativa. En efecto, respecto a esta el profesor Gil (2013) aclara que no es posible imputar una conducta punible solo con base en la solidaridad; y, a su vez, establece claros criterios diferenciadores del argumento en el derecho penal frente a la responsabilidad administrativa. En esta última señala que la imputación desde la posición de garante tiene dos aplicaciones, a saber: en las relaciones sociales ordinarias de la cual pueden surgir peligros o riesgos como la conducción de vehículos, el uso de armas, la conducción de energía, entre otros; la segunda variable proviene de la estructura social llamada Estado, que en ejercicio de las garantías institucionales responde a criterios constitucionales como la solidaridad y el orden justo, de allí, que esta clase de imputación se presente especialmente en casos de atentados terroristas, violaciones a los derechos humanos, excesos en el uso de la fuerza y conflicto armado.

Por lo anterior, dado que el comandante militar responde dentro de la posición de garante, este debe proteger al ciudadano de los riesgos y peligros que amenacen su vida, así como su dignidad y sus bienes, aun cuando el mismo no haya creado peligro alguno para los bienes jurídicos; y en caso de haberlos generado, con mayor razón debe acudir a su salvaguarda, por cuanto tales deberes institucionales se soportan en criterios jurídicos como la solidaridad, la seguridad, la paz y el bienestar general.

Para concluir este apartado se expone lo que señaló la Corte Constitucional al respecto, esto es:

[Que] un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las Fuerzas Militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). (Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo)

De acuerdo con la sentencia referida, a través de sus miembros activos la fuerza pública ostenta la posición de garante cuando se presentan las siguientes situaciones:

- Creación de riesgos para los bienes jurídicos.
- Surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

3.3 Riesgos para los bienes jurídicos

Los riesgos para los bienes jurídicos de los ciudadanos provienen no solo de las tradicionales actividades peligrosas como es el caso de la teja deteriorada, la lámpara de gas, el manejo de armas, los animales rabiosos, la conducción de vehículos, la conducción de energía eléctrica, sino también por las personas que se hallan bajo la inmediata subordinación, o mando por jerarquía. (Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo)

Tal como sucede con las relaciones de rango en la cadena militar. De manera que el superior con mando, esto es, el comandante militar, debe tomar todas las medidas necesarias y posibles, lo anterior para cumplir con los deberes de seguridad que se le impongan a través de las órdenes de operaciones, en un teatro de operaciones cada vez más complejo por los factores de inestabilidad. Asimismo, debe velar por el comportamiento de sus subalternos con el fin de evitar y prevenir que estos cometan delitos, y ocasionen algún tipo de daño a los derechos fundamentales. En este contexto la Corte Constitucional señala:

[Que] si el superior no evita, pudiendo hacerlo que un soldado de su tropa lleve a cabo actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, violaciones a los derechos humanos, o cualquier otro delito grave, se le imputa el resultado a ese superior, y no la simple omisión del deber funcional. (Sentencia SU-1184 de 2001, preámbulo)

Por lo tanto, cabe anotar que no toda conducta que tenga algún vínculo con el servicio es susceptible de ser considerada acto del servicio, debido a que por este se entiende:

[Un acto del servicio es] el relacionado con los deberes que a un militar, marino o aviador impone su pertenencia a los ejércitos de tierra, mar o aire. Consiste en el desempeño

efectivo y actual de una función o misión militar concreta; como la materialidad del combate, estar de guardia o centinela, el ejercicio de instrucción, etc.; pero no la simple presencia en lugares militares, aun cuando en ocasiones sea obligatoria, como la del soldado en el cuartel, esté de servicio o no. (Ejército Nacional de Colombia, s.f., párr. 43)

No obstante, a partir de lo señalado respecto a la potencial creación de riesgos para los bienes jurídicos, se concibe lo siguiente: no solo por omisión, sino también por acción directa, el funcionario estatal puede desconocer sus responsabilidades como garante.

3.4 Vinculación institucional

La posición de garante por la vinculación institucional tiene su fundamento en los deberes irrenunciables que deben cumplirse en el Estado de acuerdo con la Constitución Política, y conforme a los lineamientos estratégicos del Gobierno Nacional, quien a través del plan de gobierno delimita para las Fuerzas Militares y la policía cuáles son los objetivos a corto y largo plazo, con el fin de cumplir a cabalidad los preceptos normativos, estos a su vez delimitan el plan de gobierno con el plan de guerra, plan de operaciones y ordenes de operaciones a nivel táctico. Así, a través del principio de la seguridad, el plan del gobierno nacional se limita a la protección de la vida, la dignidad humana, al debido proceso, los derechos humanos, la integridad del territorio, el orden constitucional y la soberanía nacional a través del principio de seguridad.

En concreto, según el planteamiento de la Sentencia SU-1184 de 2001, el miembro de la fuerza pública es garante por vinculación institucional cuando:

- Está dotado de competencia material, funcional y territorial para proteger los derechos constitucionales.

- Debe contar con los medios materiales para actuar frente a la situación de peligro o potencialmente dañosa.
- El funcionario debe estar en condiciones fácticas y jurídicas de enfrentar la agresión y acudir en el acto, si este no actúa, le es imputable la conducta que causó el daño.
- Sobre el ámbito de competencia, la providencia de la Corte Constitucional explica los deberes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los cuales se encuentran consagrados en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política. Sin embargo, la Corte llama la atención sobre la interpretación de estas normas, pues deben estudiarse bajo condiciones estructurales de seguridad, en el sentido de aclarar que tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional tienen la misma obligación de garantizar el ejercicio de los derechos, las libertades, y en la consecución de la paz.

Para la Corte Constitucional, las fuerzas militares y de policía derivan su posición de garante de la obligación en el cumplimiento de los deberes irrenunciables del Estado social de derecho. Ahora bien, la defensa de los derechos en mención no la limitan a inhibirse de violarlos, sino que además implica el enfrentamiento y la neutralización de los transgresores de esos derechos, mediante el uso obligatorio del monopolio de la fuerza. El poder debe ser conforme al ordenamiento constitucional y legal, además, debe emplearse de manera proporcional y solo cuando sea necesario.

Asimismo, para aclarar la proporcionalidad adiada por la Corte para las Fuerzas Militares, es necesario conocer cuál es el marco jurídico aplicable a cada operación, toda vez que si la operación se enmarca en el contexto de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad es el que se ajusta al de la legítima defensa:

[Como] utilizar la fuerza y medios proporcionalmente, al nivel de la amenaza recibida. [...] Siempre se podrá hacer uso de la fuerza, incluso hasta la letal en legítima defensa para repeler una agresión actual o inminente en contra de su vida. La de su unidad o la de un tercero. (Ejército Nacional de Colombia, 2015, p. 58)

Ahora bien, si la operación se ajusta dentro del marco del Derecho Internacional Humanitario, el cual es para los conflictos armados de carácter internacional y no internacional, el principio de proporcionalidad debe ser fijado al considerar la ventaja militar, puesto que en el derecho de la guerra se pueden utilizar todos los métodos y medios permitidos por el DIH con el fin de atacar un objetivo militar en concreto, cuya neutralización debe dar como resultado una ventaja militar superior frente al daño que se ocasione. Al respecto, la proporcionalidad es “un principio destinado a limitar los daños por las operaciones militares. Exige que el efecto de los medios y métodos de guerra utilizados no sea desproporcionado en relación con la ventaja militar buscada” (Verri, 2008, p. 89).

Por ende, las fuerzas militares y de policía tienen la obligación absoluta de impedir que los grupos armados organizados o los particulares, de acuerdo con las circunstancias, agredan los derechos humanos o cometan infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Al respecto se puede presentar la situación que el integrante de la fuerza pública actúe de manera contraria y omita sus deberes, o participe activamente en tales situaciones de agresión, lo cual no puede considerarse penalmente como un acto reprochable. En cualquier circunstancia, no siempre que se configura la posición de garante se estructura automáticamente la responsabilidad del comandante, dado que puede ocurrir que el miembro de la fuerza pública no sea responsable, por ausencia de dolo o por un estado de necesidad.

Es así, como se ha expuesto, que la posición de garante no se limita a situaciones de omisión de deberes legalmente establecidos a la comisión por omisión, sino que también incluye las conductas dolosas o culposas que por acción vulneran y desconocen los deberes de garantía. Al respecto cabe anotar:

[Que] al Estado le incumben varias obligaciones en materia de derechos humanos especialmente garantizar su vigencia, investigar, juzgar y sancionar a quienes cometan delitos y violen tales derechos, respecto de la responsabilidad individual de los funcionarios de los cuerpos de seguridad no es posible invocar la obediencia debida a la orden del superior o cualquier otra autoridad como justificación de violaciones a los derechos humanos. (Ullman & Erriest, 2009, p. 89)

3.5 La posición de garante del comandante militar en los delitos de omisión

3.5.1 Omisión Propia

Los delitos llamados de omisión propia, son aquellos que se encuentran debidamente delimitados desde el punto de vista formal en la parte especial del Código Penal.

El legislador reguló de manera expresa su contenido y alcance, dando a conocer el sujeto, el objeto y la descripción de la conducta. Así las cosas, cabe mencionar lo dicho por el tratadista Gimbernat (s.f.):

“[Que] con la expresión de omisión propia se quiere poner de relieve que aquí sí que estamos ante inactividades en sentido estricto que no pueden ser puestas en conexión” (p. 8).

Así mismo se puede considerar en sentido lato que la caracterización de la omisión propia se puede derivar como:

“La no realización de la acción típicamente indicada como prestación positiva” (Silva, 2003, p. 352).

Por lo tanto, en los delitos de omisión propia los resultados de la conducta son atribuidos a quien no ejecutó la acción esperada y adecuada al tipo penal; un ejemplo de ello es el delito de omisión de socorro, establecido en el artículo 131 del C.P, que se establece:

“El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en pena de prisión” [...].

Del tipo penal se puede inferir que hay una obligación jurídica de actuar para proteger el bien jurídico tutelado, de la vida. La conducta se atribuye al sujeto activo que omite actuar a través del principio de solidaridad el cual goza de rango constitucional y ha sido reiterado por la Corte Constitucional así:

“[Como] un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo” (Sentencia T-766 de 2014, num.1).

En resumen para la omisión propia, existe una carga o un deber que debe cumplir todo ciudadano con el fin de evitar la vulneración de un determinado bien jurídico previamente establecido en el ordenamiento jurídico.

3.5.2 Omisión Impropia

La omisión impropia surge cuando una conducta penal es atribuida a un sujeto cuando no actúa o deja de actuar para proteger un bien jurídico que por su deber y su rol en la sociedad está obligado a actuar; si bien es cierto, la conducta de omisión impropia a diferencia de la omisión propia no se encuentra descrita en nuestro ordenamiento jurídico, el particular por su rol o deber

ante la sociedad lo anteponen como un garante de la situación fáctica con el fin de evitar la afectación a un bien jurídico.

La conducta penal sancionada con relación a la omisión impropia, surge cuando el sujeto tiene la posición de garante en virtud de un deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable y no actúa permitiendo la lesión al bien jurídico, al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha referido de la siguiente manera:

“[Que] es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad” (Sentencia SP 14547-2016 de 2016, num. 32).

En la misma sentencia se da alcance en sentido restringido, por lo que cabe anotar:

“[Que] viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido” (Sentencia SP 14547-2016 de 2016, num.63).

Por lo tanto, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal

Al hilo de lo expuesto, respecto de la responsabilidad del comandante militar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se puede establecer:

[Que] Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le

haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. (Ley 599 de 2000, Art. 259)

Ello nos sitúa inmediatamente a cuatro aspectos de plena relevancia para la configuración de la responsabilidad del comandante dentro de la esfera de la comisión por omisión como lo son:

- a. Situación de peligro para un bien jurídico.
- b. No realización de la conducta típicamente indicada.
- c. Posibilidad de realizar la acción debida.
- d. Producción del resultado - Delito de resultado.

a. Situación de peligro para un bien jurídico.

La situación de peligro se puede definir como el factor esencial de la situación típica, en el sentido de que sirve como concreción de los tipos penales determinados, pues los delitos de comisión por omisión se dan respecto a delitos de resultado en los cuales se puede prever la vulneración del bien jurídico tutelado. Al respecto, para establecer la existencia del peligro típico se decide en el evento en que el sujeto aún no ha comenzado a actuar y puede optar entre una u otra dirección, ya sea para proteger el bien jurídico con los medios con los que cuenta o dejando de realizar cualquier tipo de acción en el mundo externo que desencadene en la vulneración del tipo penal (Silva, 2003).

Aunado a lo expuesto se puede considerar la génesis de una situación de peligro a partir de un hecho natural, en el cual no existe la participación humana sino un acontecimiento de la misma naturaleza, como también de un actuar humano. No obstante, cabe aclarar que se pueden presentar situaciones en las cuales el sujeto actúe en pro de cumplir el mandato legal para proteger y/o defender el bien jurídico concreto pero el sujeto en peligro se niegue a la participación. Al respecto se puede citar el siguiente ejemplo:

La unidad Atacador 1 del batallón de operaciones terrestre No 99 adscrito la brigada móvil No 16 del Ejército Nacional, en desarrollo de operaciones militares sostenidas a través de una operación ofensiva, sostiene combate de encuentro con miembros del Grupo Armado Organizado ELN, producto del cual resulta gravemente herido en una pierna un miembro del enemigo ELN. Al momento del hecho el comandante militar de forma inmediata procede con el enfermero de combate a prestarle los primeros auxilios atendiéndolo conforme al principio de humanidad contenido en el Derecho Internacional Humanitario; una vez se procede a canalizarlo y a curarlo, el integrante del ELN se abstiene de recibir el apoyo y comienza a ejercer acciones que entorpecen la función del enfermero de combate, como utilizar la fuerza para no dejarse canalizar realizando movimientos bruscos que no permiten su cura. Al orbe de lo expuesto Silva Sánchez hace hincapié en que los hechos justificados que ponen en peligro bienes jurídicos no constituyen situaciones de peligro típicas a los efectos de una apreciación penal. Por lo que en el caso expuesto, el comandante militar no tendría responsabilidad penal por la muerte del integrante del Grupo Armado Organizado.

b. No realización de la conducta típicamente indicada.

Respecto del elemento de la no realización de la acción indicada que sirve como base para la responsabilidad de comisión por omisión, se puede señalar:

“[Que] Por acción indicada hay que entender una conducta que desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada más aun necesaria, para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva” (Silva, 2003, p. 353).

Al respecto se puede inferir que en la configuración del elemento de la no realización de la acción indicada, se determina a partir de la infracción a un deber de actuar ex ante, lo cual se determina en la omisión propia. Así mismo se aclara que la estructura de la acción indicada

también se puede configurar en la omisión impropia, para la cual se valora la infracción de un deber de evitar el resultado porque su producción va vinculada a un resultado lesivo.

El comandante militar conoce cuál es la acción debida que debe realizar para que no se vulneren los bienes jurídicos a partir de la planeación de una operación militar. Es en la misma donde conoce el ambiente operacional, la situación de vulnerabilidad de los derechos humanos y confronta las situaciones a partir de las lecciones aprendidas, de las cuales se obtiene el conocimiento del marco legal y de las situaciones que se pueden prever.

Con estas herramientas básicas a partir de su formación académica es donde puede confrontar y analizar las situaciones fácticas que se presenten con el fin de actuar acorde con los principios y valores institucionales, buscando en todo momento y lugar la protección de la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos.

La no realización de la acción debida surge cuando el comandante militar no actúa o deja de actuar para proteger un bien jurídico concreto, que por su deber y su rol en la sociedad está obligado a actuar. Corolario a lo anterior es menester resaltar que la realización de la acción debida o indicada ha de ser necesaria y útil para evitar el resultado.

Por lo tanto, la responsabilidad penal recae sobre la persona que tiene el deber jurídico de impedir un resultado típico y no lleva a cabo ningún tipo de acción para evitarlo.

c. Posibilidad de realizar la acción debida.

La posibilidad de realizar la acción debida, se fundamenta en que el comandante militar tiene todas las herramientas necesarias y el conocimiento con el fin de evitar la vulneración del bien jurídico, al respecto ha señalado la corte suprema de justicia:

[Que] el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el

resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado. (Sentencia SP 14547 de 2016, Art. 25)

Al respecto, cabe mencionar que la mayor falencia identificada del comandante militar para incurrir en delitos de comisión por omisión se basa en que no se realiza un debido planeamiento de las operaciones militares. En ese sentido, no existe un conocimiento de la situación militar, que configura los posibles delitos que se pueden cometer tanto por medio de sus hombres al mando como de la población civil en general, hay un desconocimiento de las informaciones de inteligencia que conllevan a cometer errores para identificar cuáles son los objetivos militares. Así mismo, si hay falencia en el planeamiento cuando no se lleva el material de guerra idóneo para el desarrollo de una maniobra militar lo cual ocasiona vulneración al principio de la proporcionalidad que significa generar un mayor daño frente a la ventaja militar.

Por último, atendiendo a que el comandante militar cuenta con la posibilidad de utilizar, los medios necesarios con el fin de evitar el resultado de lesión para el bien jurídico, se tiene un problema de mando y control, pues si bien las unidades militares para el lanzamiento de una operación militar cuentan con los medios suficientes de acuerdo a su equipo de campaña como lo es el armamento, las comunicaciones y la logística, en el momento de la ejecución de una operación militar el comandante militar en múltiples ocasiones se rehúsa a ejercer el mando y control a sus hombres, lo cual conlleva a un descuido que por costumbre hace que se generen las diferentes comisiones de conductas punibles tanto por los hombres bajo su mando, como también para la población civil de determinado territorio o jurisdicción para la orden de operaciones.

d. Producción del resultado - Delito de resultado.

Por último, los delitos de comisión por omisión recaen sobre los delitos de resultado, para los cuales Roxín (s.f.) señala que:

“Por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor” (p. 155).

Es por la separación espacial y temporal que se puede hablar de la intervención de terceros o más bien de la aparición de riesgos que pueden tener consecuencias para el resultado. Al respecto se puede considerar que el comandante militar en el lapso de tiempo cuando se puede propiciar la comisión de un delito debe actuar con determinación de acuerdo a su rol institucional y buscar a cabalidad el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, pues de no ejecutar una acción esperada por la circunstancia que se presenta responde penalmente a título de comisión por omisión.

Al respecto señaló la corte constitucional que:

En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley, o con la realización de una acción inocua en sí misma.

(Sentencia C-430 de 1996, art. 8)

Por lo tanto no solo la comisión por omisión se puede presentar en el delito de resultado para responder penalmente por la acción esperada que no se ejecutó, sino que también frente a una acción que se ejecute y que la misma sea inocua o que no cumpla con la evitación a la vulneración al bien jurídico.

Se puede materializar en el ejemplo aludido, en el que en desarrollo de la operación militar ofensiva se presenta un herido en combate integrante del grupo armado organizado ELN, y, concretamente, el enfermero de combate al atenderlo no vendar todas las heridas producidas en el combate, lo cual posteriormente representa la muerte del herido; al respecto se responde penalmente por la configuración de una acción inocua que no funcionó para contrarrestar la vulneración al bien jurídico.

3.6 Interpretación de la posición de garante por parte del consejo de estado en función de las fuerzas militares

Es importante e imperioso conocer de primera mano el concepto que maneja el Consejo de Estado respecto a la posición de garante de los miembros de las fuerzas militares, puesto que el efecto más próximo de haber sido condenado penalmente por un delito en calidad o bajo el rol de posición de garante, genera la fuente para demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa. Antes de abarcar la sazón de la materia como preámbulo, el Consejo de Estado frente a delitos cometidos como graves violaciones a derechos humanos, e infracciones al DIH dentro del campo de las ejecuciones extrajudiciales aclara que no existe un término de prescripción para la acción administrativa; y se aparta de los términos de caducidad y de prescripción para las acciones de reparación directa, las cuales son en general de dos años a partir de la ocurrencia de los hechos, y se puede demandar dentro de los dos años posteriores a los cuales las familias han sido reconocidas como víctimas, o posteriores al fallo penal, objeto de condena por los mal llamados falsos positivos. Al orbe de lo expuesto, de conformidad con la Sentencia 85001233100020100017801 (47671) del 2015, se presenta lo siguiente:

La hipótesis de la sujeción del juzgamiento de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad que comprometan la responsabilidad del Estado a la regla general de caducidad de los dos años resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de delitos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales. (Ámbito Jurídico, 2017,párr. 3)

A su vez, la Corte Constitucional complementa esta línea de criterio a través de la Sentencia de tutela T-352/16, en la cual señala:

[Que] el conteo del término de caducidad en acciones de reparación directa para casos de ejecuciones extrajudiciales (“falsos positivos”) es de dos años contados desde el día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio en persona protegida. Es decir, el término no empieza a contarse desde el momento en que aparece el cadáver, como se ha desarrollado para el caso de las desapariciones forzosas, sino después, esperando que exista un fallo judicial penal condenatorio. No de otra manera podría el derecho esperar que las víctimas conocieran de la antijuridicidad del hecho. (num. 4.5.1)

Corolario a lo expuesto se cuenta con un término aclarado, a efectos de la investigación y sanción de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública dentro de las ejecuciones extrajudiciales.

Ahora bien, se debe entender el fundamento del Consejo de Estado, con relación a la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga a un sujeto determinado una obligación específica de intervención, de tal forma que su desconocimiento hace responsable a la administración.

El deber de diligencia, no debe confundirse con el adecuado funcionamiento de los servicios públicos que nos remite a la falla del servicio, ya que la posición de garante tiene aspectos claros como el deber de la administración de evitar un resultado como garante institucional. (Consejo de Estado, 2000, p.43)

A efectos de estudiar la figura de la posición de garante, el Consejo de Estado se respalda con la Sentencia radicada 18436 del 18 de febrero de 2010, en la cual el Estado colombiano aparece como garante en materia de desplazamientos forzados, esto se debe a las tres obligaciones tradicionales que apunta la providencia, en las cuales el Estado responde por posición de garante en los siguientes casos:

- La existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública.
- La falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la administración en el caso concreto.
- La relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño.
- No obstante, cabe resaltar que en la sentencia se aclara:

[Que] no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. (Puigpelat, 2010, p. 242)

Al orbe de lo expuesto, esto es, referente a la posición de garante del comandante militar de acuerdo con la línea de interpretación que desarrolló el Consejo de Estado, el título de imputación que emplea el Estado al no cumplir con su rol ni sus funciones y obligaciones legalmente establecidas, es el de *“falla en el servicio”*. En cuanto a la posición del Consejo de

Estado, resulta de interés verificar que para la corporación no se puede establecer una cláusula general de responsabilidad del Estado, debido a que cada caso se debe estudiar en particular, pero sí se puede estandarizar el nivel de diligencia exigible al este para la posición de garante a través de la verificación de la situación fáctica, así:

- Los instrumentos de prevención utilizados
- La calidad de la respuesta
- La reacción del Estado ante tal conducta, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado.

Por lo que se puede concluir que para la existencia de la posición de garante como en el caso del comandante militar, se deben tener en cuenta estos tres criterios, los cuales son la base fundamental para la imputación del daño dentro de un proceso contencioso administrativo.

Conclusiones

- A. La posición de garante para el comandante militar, se puede concebir como un ingrediente normativo en el ámbito de la imputación objetiva y se aplica a todos los casos de responsabilidad de comisión por omisión.
- B. El derecho operacional no ha sido tenido en cuenta para los procesos judiciales que cursan en contra del personal de comandantes militares para las fuerzas militares y de policía, visto que las altas cortes en cada uno de sus pronunciamientos sobre posición de garante no estructuran el derecho operacional como una fuente para atribuir la responsabilidad por la posición de garante.
- C. En Colombia el derecho operacional ha surgido por una dinámica de interpretación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario partiendo del contexto de una operación militar, lo cual se vincula a partir del bloque de constitucionalidad, haciendo necesario el desarrollo de una ley estatutaria sobre las reglas para el uso de la fuerza que permitan afianzar la legalidad de los operaciones militares y operativos policiales.
- D. El desarrollo normativo de la posición de garante del comandante militar, debe estar ligado a los derechos humanos por encima del derecho penal, para ser más garantistas y por estar ligados a todos los procedimientos militares para la toma de decisiones, en el entendido de que los derechos humanos son la razón y la base de la existencia del Estado social de derecho.
- E. La responsabilidad del comandante por la posición de garante, no se puede desligar por una mala asesoría del asesor jurídico operacional, puesto que la cadena del mando es exclusiva e inherente por su rol institucional.

- F. La responsabilidad penal de los comandantes militares surgida por la posición de garante, se ha determinado por la falta de planeación en las operaciones militares, en el sentido de que no se está ejerciendo al detalle el procedimiento militar para la toma de decisiones, y al no identificar los factores de riesgo que pueden tener en desarrollo de una operación militar, no han emitido a sus subalternos ordenes e instrucciones que permitan mitigar las violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.
- G. Se pudo identificar que solo a partir de la sentencia C-080 de 2017, la Corte constitucional a través del control de legalidad por mecanismo automático de Ley Estatutaria, vinculó el derecho operacional, con el fin de valorar la conducta de los miembros de la fuerza pública a partir de las reglas operacionales, como un referente a seguir para las investigaciones que se adelanten ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Esto significa que la posición de garante del comandante militar será valorada a través de sus deberes y sus funciones correlacionadas cada una con el derecho operacional.
- H. El comandante militar debe proteger todos y cada uno de los derechos de los ciudadanos aun cuando este no haya creado el peligro para los bienes jurídicos tutelados, en el sentido de que se le atribuye la garantía institucionales por el principio de la solidaridad, la seguridad, la paz y el bienestar general de los colombianos. Al comandante militar se le demarcan unas competencias especiales por ser el único portador de las armas del Estado y por su rol especial ante la sociedad, en el cual debe propender por la protección de la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos.
- I. El comandante militar, responde penalmente en la posición de garante tanto por el principio de solidaridad que tienen todos los ciudadanos de actuar frente a un riesgo evitable (sentido

amplio), como también frente al rol que desempeña en la sociedad (sentido restringido). Dichos roles y deberes se encuentran en la Constitución y la Ley.

- J. El fundamento de la responsabilidad penal por la posición de garante del comandante militar, deviene de una omisión impropia que tiene como contenido esencial el manejo de la situación de peligro para el bien jurídico, la no realización de la conducta típica exigida por su rol, la posibilidad de realizar la acción debida cuando cuenta con los medios suficientes para contrarrestar cualquier amenaza al bien jurídico y la producción del resultado. El análisis concienzudo de cada uno de los elementos sirvió para concluir que la mayor falencia para configurar los delitos de comisión por omisión está en que el comandante no planea las operaciones militares y no ejerce el mando y control esperado de acuerdo a su rol y preparación institucional.
- K. Existe una dicotomía para la definición del marco jurídico operacional, en el sentido de que el comandante militar por la complejidad del área de operaciones, no se detiene a evaluar si la operación militar puede partir del marco de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario, lo cual puede causar como resultado la producción de graves daños incidentales, que a la luz de la posición de garante hacen responsable al comandante militar.
- L. No se están aplicando las lecciones aprendidas, a partir de la socialización que debe hacer el comandante militar con las unidades militares bajo su mando, el no acudir a la socialización a las mismas, genera falta de mando y control de sus subordinados que pueden conllevar a la comisión de conductas punibles; es imperioso difundir las políticas y las ordenes permanentes a los subordinados, con el fin de interiorizar las lecciones aprendidas y en los

eventos en que se presenten combates u otro tipo de situaciones operacionales no se cometan errores militares,

- M. La responsabilidad penal del comandante militar en el ámbito de la posición de garante hace devenir automáticamente la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como lo estableció la sentencia de tutela T-352/16, en la cual una vez se tenga endilgada la responsabilidad penal, la víctima a partir de ese momento puede demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no opera la caducidad de la acción a partir de la fecha de los hechos.
- N. El fundamento de la responsabilidad administrativa a partir de la posición de garante del comandante militar es la responsabilidad extracontractual o aquiliana que puede ser objetiva por el riesgo excepcional.
- O. Colombia en más de 50 años es un Estado que no ha podido tener control territorial, pese a lo anterior el componente de construcción de paz territorial se ha focalizado en el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares; sin embargo, los operadores judiciales no tienen un manejo adecuado de los contextos jurídico – operacionales, lo cual se evidencia en los repetitivos fallos de las altas cortes, que se dedican a sancionar conductas punibles a la luz de los Derechos Humanos sin inmiscuirse en el Derecho Internacional Humanitario.
- P. El principio de proporcionalidad, es la base fundamental para adecuar la conducta punible de los comandantes militares en el ámbito de la posición de garante, puesto que en un contexto de conflicto armado, no hay que configurar el uso de la fuerza con el equilibrio de armas en el ataque, sino que lo que se debe analizar y no se hace por parte de los operadores judiciales es analizar la ventaja militar frente al daño ocasionado, en el entendido de que todas las operaciones militares tiene consigo mismo la existencia de daños.

Q. La posición de garante del Comandante militar debería estar enlazada por una acción unificada del Estado, puesto que hay que desarrollar una ley de seguridad y defensa con capacidad de estructurar los fenómenos de la criminalidad vigentes, si bien es cierto a partir de los diálogos del Estado con las Farc el conflicto armado ha menguado en hostilidades, los fenómenos de criminalidad vigentes deben estar enfocados a situaciones fácticas como lo es la protesta social y las vías de hecho, por lo anterior se puede inferir que las fuerzas militares no tienen responsabilidad ni injerencia directa en asuntos que no sean de derecho internacional humanitario, pero por el rol del comandante militar se hace necesario participaren las situaciones de grave alteración al orden público dentro de los fenómenos de criminalidad vigentes, acatando los protocolos y normatividad interna, por lo tanto el comandante militar siempre ostenta la posición de garante inclusive en las situaciones que por vía fáctica se presenten esto es facticidad sobre normatividad.

Bibliografía

- Alto Comisionado para la Paz. (s.f.). *ABC medidas de reparación integral para la construcción de paz* . Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-medidas-reparacion-integral-para-construccion-paz.html>
- Ámbito Jurídico. (2017). *Acción para reclamar perjuicios al Estado por falsos positivos no caduca: Corte Constitucional* . Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/accion-para-reclamar-perjuicios-al-estado-por>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente de Francia. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. París: Asamblea Nacional Constituyente de Francia.
- Bajo, M. (1991). *Manual de Derecho Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Bernal, C., Barbosa, G., & Ciro, A. (2016). *Justicia Transicional el papel de las Fuerzas Armadas Ejército, Institucionalidad y Sociedad*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Carranza, L. (2009). La obediencia debida como eximente penal. *Revista Derecho Penal*, (26), 115-188.
- Casabona, R. (1994). *Política criminal y reforma penal, homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado .
- Cerezo, J. (1994). *Curso de derecho penal español. Parte general I, Introducción. Teoría jurídica del delito* . Madrid: Ed. Tecnos.

- Cobo del Rosal, M. (1990). *Código Penal comentado*. Madrid: Ed. Akal.
- Colombia, C. C. (2018). Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018. M.S: Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá, Colombia.
- Colombia, C. S. (2016). Sentencia 2011-04353 del 04 de mayo de 2016. M.P: Magda Victoria Acosta Walteros. Bogotá, Colombia.
- Comando General Fuerzas Militares de Colombia. (2015). *Manual de derecho operacional para las Fuerzas Militares 3-41 segunda edición*. Bogotá: Comando General Fuerzas Militares de Colombia.
- Comando General Fuerzas Militares de Colombia. (2019). *Ejército Nacional y la Jurisdicción Especial para la Paz*. Obtenido de <https://www.cgfm.mil.co/es/blog/ejercito-nacional-y-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (1977). *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2003). *Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario*. Asesores jurídicos en las fuerzas armadas.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). Ley 11 del 21 de julio de 1992. Diario Oficial No. 40 510. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). Ley 4 del 18 de mayo de 1992. Diario Oficial No. 40 451. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 171 del 16 de diciembre de 1994. Diario Oficial No. 41 640. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 469 del 5 de agosto de 1998. Diario oficial No. 43 360. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 554 del 14 de enero del 2000. Diario Oficial No. 43 058. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44 097. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 759 del 26 de julio de 2002. Diario Oficial No. 44 883. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 759 del 26 de julio de 2002. Diario Oficial No. 44 883. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 833 del 10 de julio de 2003. Diario Oficial No. 45 248. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 836 del 16 de julio 2003. Diario Oficial No. 45 251. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2017). Acto Legislativo del 1 de abril de 2017. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2017). Ley 1862 del 4 de agosto de 2017. Diario Oficial No. 50 315. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1908 del 9 de julio de 2018. Diario Oficial No. 50 649. Bogotá, Colombia.

Congreso de los Diputados. (1995). Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995. [Código Penal]. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta 07 de noviembre de 2012, C.P.: Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente 250023-27000-2009-0056-01 (18414). Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (2000). Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. 14787. Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (2007). Sentencia 1991-00789 del 4 de octubre de 2007, exp. 15567. M.P: Enrique Gil Botero. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (2007). Sentencia 1991-00789 del 4 de octubre de 2007, exp. 15567. M.P: Enrique Gil Botero. Bogotá, Colombia.

Convención de Virginia. (1976). *Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia*. Washington DC, Estados Unidos.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). Sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996). Sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2001). Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. M.P: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2003). Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2007). Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. M.P: Manuel José Cepeda. Bogotá, Bogotá.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2008). Sentencia C-1184 del 3 de diciembre de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014. M.P: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia C-767 del 16 de octubre de 2014. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia T-766 del 16 de octubre de 2014, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016). Sentencia T-352 del 06 de julio de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2017). Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (s.f.). Sentencia T-582 del 25 de octubre de 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Corte Cosntitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2016). Sentencia SP 14547-2016 radicado No 46604 del 12 de octubre de 2016, M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2016). Sentencia SP 14547-2016 radicado No 46604 del 12 de octubre de 2016. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1989). Auto del 23 de agosto de 1989. M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Bogotá, Colombia.

- Cruz Roja Internacional. (2014). *Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario. La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión marzo de 2014.*
- Díaz, J., & Amador, C. (2017). El rol del ejército frente a las amenazas tradicionales, en el contexto colombiano de cara al siglo XXI. En L. Montero, *Los ejércitos y el sistema internacional contemporáneo: nuevas amenazas, tendencias y desafíos* (págs. 151-171). Bogotá, D.C.: Escuela Superior de Guerra.
- Dubón, M. (1992). *Delitos de Comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* ADPCP.
- Ejército Nacional de Colombia. (2015). *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares 3-41 Segunda Edición.* Comando General de las Fuerzas Militares.
- Ejército Nacional de Colombia. (2017). *Manual de Derecho Operacional Terrestre MFRE 6-27 público.* Centro de Doctrina del Ejército.
- Ejército Nacional de Colombia. (s.f.). *A mayor respaldo mayor compromiso.* Obtenido de <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=282476>
- Ejército Nacional de Colombia. (s.f.). *Glosario* . Obtenido de <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=211740>
- Ejército Nacional de Colombia. (s.f.). *Misión y visión* . Obtenido de <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=362168>
- Gil, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En C. Bernal, & J. Fabra, *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual.* Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.

- Gimbernat, E. (s.f.). *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*. Obtenido de http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf
- Jakobs, G. (2002). *Moderna dogmática penal, estudios compilados*. México: Editorial Porrúa.
- Mejía, J. (2009). *Sin eufemismos conflicto y paz en Colombia*. Bogotá, D.C: Ed. Temis.
- Mejía, J. (2015). El contexto en Colombia ¿un transplante plausible desde el derecho internacional? En G. Barbosa, & C. Bernal, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio de Defensa de la República de Colombia. (2019). Disposición 02 de 2019. Bogotá, Colombia.
- Molina, R. (2013). *Causalidad e implicación objetiva en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Nagler, J. (1938). Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. *Gerichtssaal*, *III*, 1-121.
- Petreaus, D. (s.f.). *Cuaderno del comandante fe en la causa actitud positiva para vencer BG.* . s/e.
- Presidencia de la República de Colombia. (2000). Decreto 1790 del 14 de septiembre del 2000. Diario Oficial No. 44 161. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2000). Decreto 1797 del 14 de septiembre de 2000. Diario Oficial No. 44 161. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2014). Decreto 124 de 28 de enero de 2014. Diario Oficial No. 49 047. Bogotá, Colombia.

- Presidencia de la República de Colombia. (2015). Decreto 1070 del 26 de mayo de 2015. Diario Oficial No. 49 523. . Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (s.f.). *Presidentes de la república de Colombia*. Obtenido de http://wsp.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/rc_55.html
- Puigpelat, M. (2010). *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Consejo de Estado.
- Revista Semana. (2014). *5.749 militares son investigados por la Fiscalía*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/5749-militares-son-investigados-por-la-fiscalia/408854-3>
- Roxin. (s.f.). *Delitos de peligro y control de constitucionalidad* . Obtenido de Universidad Jorge Tadeo Lozano : http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/derecho_penal_II/files/assets/basic-html/page155.html
- Semberoiz, E. (1985). *Derecho Internacional de la Guerra*. Buenos Aires: Ed. Círculo Militar.
- Silva, J. (2003). *El delito de omisión segunda edición*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de f.
- Tribunal Internacional. (1994). *Estatuto del Tribunal para Ruanda*.
- Tribunal Supremo de España. (1984). Sentencia del 11 diciembre de 1984. Madrid, España.
- Tribunal Supremo de España. (1990). Sentencia del 26 de junio de 1990. Ponente: José María Ruiz Jarabo Ferrán. Madrid, España.
- Ullman, E., & Erriest, M. (2009). *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Üneca, A. (1986). *Derecho penal*. Madrid: Ed. Akal.

Vallejo, J. (2016). *Memoria histórica de las Farc.* Obtenido de <https://www.periodismosinfronteras.org/memoria-historica-de-las-farc.html>

Verri, P. (2008). *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados.* Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.