

Diciembre 2009

FUERZAS ARMADAS



PUBLICACIÓN MILITAR ESPECIALIZADA DE LA ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA DE COLOMBIA · VOL LXXXII · EDICIÓN 212



Memorias Seminario Corte Penal Internacional

Edición **212**

DIRECCIÓN

Mayor General Edgar Ceballos Mendoza

SUBDIRECCIÓN

Brigadier General
Carlos Eduardo Montealegre Rodríguez

JEFE PUBLICACIONES

Teniente Coronel Daniel Angélico Villamil López

DIRECCIÓN EDITORIAL

Mayor Jhasmín Mora Cuéllar

CONSEJO EDITORIAL

Contralmirante Roberto Sáchica Mejía
General Álvaro Valencia Tovar
General Fabio Zapata Vargas
Mayor General José Roberto Ibáñez Sánchez
Vicealmirante José Ignacio Roza Carvajal
Brigadier General Adolfo Clavijo Ardila
Mayor Humberto Aparicio Navia

PERIODISTA

Paola Consuelo Ladino Marín

CIRCULACIÓN / SUSCRIPCIONES

Intendente Jefe Everardo Tabares Cardona
Adriana Suárez Rodríguez

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Rasgo & Color Ltda.
www.rasgoycolor.com / (1) 2400 495

CORRECCIÓN DE ESTILO

Roberto Sepúlveda

CANJE Y SUSCRIPCIONES

Revista Fuerzas Armadas
Carrera 11 No. 102-50
Telefax: 620 6536
E-mail: revistafuerzasarmadas@esdegue.mil.co
www.esdegue.mil.co



La Revista Fuerzas Armadas es el medio de difusión del pensamiento militar y civil sobre aquellos aspectos que de una u otra forma tienen relación con la Seguridad y la Defensa Nacionales. Las ideas o tesis expuestas son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente el pensamiento de los altos mandos militares.

Se permite la reproducción de los artículos dándole el crédito a la Revista Fuerzas Armadas. Carrera 11 No. 102-50. Escuela Superior de Guerra. Telefax: 620 6536, Teléfono: 620 4066 Extensiones 1003-1004, Bogotá, D.C. Colombia, Suramérica.

C o n



Editorial

Mayor General Edgar Ceballos Mendoza
Director de la Escuela Superior de Guerra



La llegada en pleno de la Corte Penal Internacional, necesaria Pedagogía

Doctor Jean Carlo Mejía Azuero
(Colombia)



La criminalización de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad en el ámbito de los tribunales ad hoc de la Corte Penal Internacional y su dimensión en los Derechos Humanos

Doctora Elizabeth Santalla
(Bolivia)

t e n i d o



Intervención

Doctor Juan Manuel Santos
Ministro de Defensa Nacional



Intervención

General Freddy Padilla de León
Comandante General de las Fuerzas Militares



Competencia Universal

Doctor Horacio Daniel Piombo
(Argentina)



El debido proceso y el derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Doctor Héctor Faúndez Ledesma
(Venezuela)



Conducción de Hostilidades

Coronel Paulina Leguizamón
(Colombia)



Colombia frente a la cláusula de salvaguarda de la Corte Penal Internacional concerniente a los crímenes de guerra

Doctor Rafael Prieto San Juan
(Colombia)



¿Cómo potenciar culturas éticas en las Fuerzas Armadas?

Doctor Juan Carlos Herrera
(Colombia)

Editorial

✦ **Mayor General Edgar Ceballos Mendoza**
Director de la Escuela Superior de Guerra

Para la Revista Fuerzas Armadas, es motivo de especial interés poner a consideración de nuestros distinguidos lectores apartes de las memorias del seminario “Corte Penal Internacional”, organizado por el Comando General de las Fuerzas Militares, la Facultad de Derecho de la Universidad Militar “Nueva Granada” y la British Petroleum Company, entre el 11 y 14 de agosto del año 2009 en Bogotá.

El objetivo de este acto académico fue fortalecer la instrucción y el conocimiento al interior de las Fuerzas Armadas sobre el Estatuto de Roma, suscrito y ratificado por el Gobierno colombiano, reconociendo jurisdicción a la Corte Penal Internacional y su implementación jurídica en nuestro país.

Durante este programa, los mandos de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, asesores jurídicos, asesores jurídicos operacionales, asesores legales, coordinadores de Derechos Humanos, funcionarios de la Defensoría Militar y personal de la Justicia Penal Militar, profundizaron sus conocimientos sobre los alcances y demás aspectos que conlleva la entrada en plena vigencia de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Las conferencias aquí expuestas estuvieron a cargo de expertos internacionales de Argentina, Bolivia, Colombia y Venezuela, que plasmaron diversas líneas de pensamiento y doctrina y debatieron sobre los nuevos roles de las instituciones armadas en un mundo cambiante.



Las conferencias, que se desarrollaron en todo el territorio nacional, estuvieron a cargo de expertos internacionales de Argentina, Bolivia, Colombia y Venezuela, que plasmaron diversas líneas de pensamiento y doctrina y debatieron sobre los nuevos roles de las instituciones armadas en un mundo cambiante.

La Corte Penal Internacional es un organismo judicial internacional de carácter permanente con capacidad para investigar y determinar la responsabilidad penal individual de las personas que puedan haber cometido los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión (cuando sea definido, posiblemente en el año 2010), siempre que el aparato judicial de los Estados haya colapsado u opere con la finalidad de dejar en la impunidad tales crímenes.

Nuestro Gobierno suscribió el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998. La adición posterior del artículo 93 de la Constitución Política Colombiana mediante el Acto Legislativo 02 de 2001, aceptó la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El tratado entró en vigencia en el 2002, luego de una intensiva revisión de la Corte Constitucional.

Sin embargo, Colombia se acogió a la cláusula de salvaguardia prevista en el artículo 124 del Estatuto de Roma que, por un término de siete años improrrogable, excluía la competencia de la Corte Penal Internacional para investigar y juzgar los crímenes de guerra cometidos en Colombia durante ese período. A partir del 1 de noviembre de 2009 la competencia de la Corte es plena.

Teniendo en cuenta lo anterior y siendo consciente el Alto Mando de la necesidad de que el personal de la Fuerza Pública conozca los alcances de la Corte Penal Internacional y la importancia de res-

La Corte Penal Internacional es un organismo judicial internacional de carácter permanente con capacidad para investigar y para determinar la responsabilidad penal individual de las personas que puedan haber cometido los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión.

petar a cabalidad el derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se dio a la tarea de profundizar la capacitación de oficiales, suboficiales, soldados y policías en estas materias.

Con la entrada en vigencia se acentúa la importancia de proteger la institucionalidad mediante una conducta intachable de acuerdo con la Constitución y la ley, y con una ética que guíe todas las actitudes y procedimientos de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Son muy importantes el aprendizaje y la capacitación sobre los alcances y demás aspectos que conlleva la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional en Colombia, pues es precisamente el acatamiento a la ley, la Constitución y el respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, las bases de la legitimidad y el apoyo de la población civil. Como lo afirmó el señor general Freddy Padilla de León en su intervención durante la apertura del seminario dirigido a los altos mandos: *“Las Fuerzas Militares y la Policía ratificamos la política clara de cero tolerancia con violaciones a los Derechos Humanos. Por lo tanto, es y será deber de todos los comandantes conocerla, acatarla y hacerla cumplir (...) el cuerpo de oficiales tiene que encarnar la esencia del ser militar, caracterizado por valores como la disciplina, la determinación y el valor que se convierte en el mejor recurso de la nación en los momentos más difíciles”*. ✎



Miremos al Derecho Internacional
Humanitario como un aliado, y
mantengámonos dentro de su marco
con un pleno respeto a su accionar, esa
es la mejor garantía de la legitimidad.



Intervención del Ministro de Defensa Nacional

✦ Doctor Juan Manuel Santos Calderón (IF)*

Hoy nos convoca una ocasión especial, que es la circunstancia donde entra en vigencia el estatuto que crea la Corte Penal Internacional en su plena capacidad de acción. Es porque conozco bien y he tenido la oportunidad, a lo largo de mis años de servicio público, de hablar con muchos oficiales y con muchos de sus colegas en diferentes instancias y situaciones; sé que en cierta época veíamos el Derecho Internacional Humanitario como una amenaza, como un esfuerzo de la subversión por tener un espacio jurídico para actuar contra nosotros.

Gracias a un proceso que admiro y respeto y además los felicito, y a los comandantes en particular, esa cultura ha ido cediendo hacia una comprensión más profunda, de lo que eso significa, una comprensión donde se entiende el Derecho Internacional Humanitario como un aliado, porque los que estamos en la Constitución y la ley y protegemos las libertades, tendremos ahí un aliado; para que los narcoterroristas, para que los enemigos de la patria, encuentren un freno en cualquier rincón del planeta, y como está tan cerca el fin del fin, como está tan cerca la posibilidad de una victoria definitiva, es cuando más importancia adquiere tener la posibilidad de hacer responsables de tantas tragedias, de tanto dolor, de tanto sufrimiento, a quienes lo han sembrado a lo largo y ancho del país.

Miremos al Derecho Internacional Humanitario como un aliado, y mantengámonos dentro de su marco con un

pleno respeto a su accionar, esa es la mejor garantía de la legitimidad; hay quienes han tratado de menoscabar la legitimidad de nuestras Fuerzas Armadas y lo seguirán haciendo, y yo quiero asumir ante ustedes la responsabilidad de enfrentar esos esfuerzos de guerra jurídica contra nuestros oficiales, suboficiales y soldados.

Vamos a construir un sistema que les garantice, que cuando existan circunstancias donde se les quiera afectar en su vida, honra y patrimonio, cuando la injusticia y la incompreensión intenten menoscabar sus derechos, que los tienen igual que todos los colombianos, ahí estará el Estado colombiano acompañándolos, soportándolos y garantizando que se haga debida y pronta justicia; no queremos más justicia espectáculo para los militares de Colombia, eso es una afrenta a la dignidad nacional.

Para poder tener la capacidad de exigir eso, la sociedad colombiana y el Estado tenemos que tener un compromiso indeclinable con los Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario, con la Constitución y la ley, y sé que lo entienden así. Vamos a crear esos instrumentos y desarrollar los que ya existen para la defensa jurídica de nuestras Fuerzas Militares y de Policía; que no tiemble un coronel, que no le tenga miedo a nada ante los códigos, que no tiemble un general, un soldado, ante una denuncia; que no pare su voluntad de lucha por una acción jurídica de los enemigos de la patria. También quiero decirles que estoy comprometido con todas mis energías, con toda mi capacidad de trabajo y con toda mi dedicación, a servirle a la patria, entendiendo que servirle a la patria pasa por servirles a los miembros de la Fuerza Pública. ✦

* IF. Este IF (Idea Fidedigna) respeta en su totalidad las ideas y conceptos expresados en las intervenciones de los panelistas internacionales. De la grabación de viva voz y la correspondiente transcripción se conservan los conceptos expresados, si bien el trabajo de edición recibe el correspondiente tratamiento técnico y científico de trasladar el discurso coloquial y llano (expresión verbal informal) al discurso escrito (expresión escrita) para imprimir legibilidad formal a la conferencia. Ningún concepto ha sido alterado y es de propiedad del pensamiento del autor.

Intervención del Comandante General de las Fuerzas Militares

✦ General Freddy Padilla de León



La misión por conquistar la paz para el pueblo colombiano demanda, en un marco de legitimidad y transparencia, del esfuerzo supremo de los soldados de tierra, mar y aire y de nuestros policías, y del apoyo sin vacilaciones de los connacionales.

Ese es el binomio indispensable para que nuestra patria alcance el sueño de luz y esperanza que le proporcione a compatriotas y a extranjeros residentes en el territorio nacional: seguridad, equidad, justicia social, desarrollo socioeconómico sostenible y la sensación absoluta de que hasta el último rincón del país nos espera para conocer e invertir en las infinitas riquezas naturales que ofrece la geografía nacional.

Por ello, he de reiterar, nuestra aspiración fundamental es que las Fuerzas Militares de Colombia pasen a la historia como el primer ejército que alcanzó la victoria con la preocupación fundamental de mantener el respeto al Derecho Internacional Humanitario, como un reflejo inevitable de nuestro absoluto respeto por la Constitución y las leyes de la República. Semejante determinación, es una consecuencia directa de la convicción de que nunca se ha ganado una guerra perdiendo el respaldo popular.

“No vamos a deshonorar nuestro combate con un acto salvaje, con una crueldad o una cobardía con el vencido. Los resultados nos legitiman ante el pueblo por el que luchamos, la Justicia nos justificará ante el mundo y ante la posteridad. Será mil veces preferi-

ble un revés momentáneo que soportar para siempre una indignidad”.

Bajo tales premisas, la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional ha de significar un motivo de alegría para los miembros de las Fuerzas Militares, pues la misma permitirá ratificar la transparencia y la legitimidad que caracterizan tradicionalmente nuestros actos.

Que tiemblen los criminales... Que tiemblen hasta sentir pavor los terroristas que se agazapan en las tinieblas para perpetrar atrocidades contra el pueblo colombiano.

Que tiemblen los actores del terror y el mal que traicionan a mansalva la dignidad de nuestro pueblo: sembrando indiscriminadamente minas antipersonales, secuestrando, extorsionando, torturando y perpetrando genocidios –como el recientemente registrado contra la comunidad Awá– todos esos hechos de los que internacionalmente nadie –hasta el momento– les llamaba a rendir cuentas.

Que tiemblen las Farc, el Eln y todas aquellas organizaciones terroristas, porque la Corte Penal Internacional y la justicia colombiana estarán vigilantes de sus actos delictivos.

En el mundo civilizado del siglo XXI no se tolera la impunidad relacionada con la comisión de crímenes contra la humanidad. Por ello, con la Justicia Penal Internacional todo individuo que cometa crímenes de lesa humanidad, sin importar si tiene la calidad de servidor público o actúa desde la insurgencia, será llamado a responder interna-



La entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional ha de significar un motivo de alegría para los miembros de las Fuerzas Militares, pues la misma permitirá ratificar la transparencia y la legitimidad que caracterizan tradicionalmente nuestros actos.

cionalmente ante la humanidad siempre y cuando el Estado al que pertenece no pudiere o no quisiere procesarle y condenarle.

Complementariamente, con la finalidad de vindicar a la víctima de violaciones de los Derechos Humanos, han sido desarrolladas teorías relacionadas con la aplicación del Estatuto de Roma, que implican el análisis de la gravedad de la conducta, de la responsabilidad penal internacional de dignatarios y altos mandos, de imprescriptibilidad de las acciones penales y de la inimputabilidad de los menores de 18 años, por citar algunos de ellos.

Por supuesto, las Fuerzas Militares y de Policía ratificamos la política clara y firme de 'cero tolerancia' con violaciones a los Derechos Humanos. Por lo tanto, es y será deber de todos los comandantes conocerla, acatarla y hacerla cumplir. La esencia de la legitimidad de nuestras Fuerzas Armadas es, precisamente, el apego a la ley y el respeto absoluto a los Derechos Humanos y los principios humanitarios. Hoy, cuando gracias al esfuerzo, determinación, valor y visión de los hombres y mujeres de las Fuerzas Armadas, la Política de Seguridad Democrática ha transformado en sonrisa el rostro del país es preciso entender que hemos avanzado hacia la victoria; superando obstáculo tras obstáculo, creando oportunidades estratégicas, donde no parecía haberlas e imponiéndonos al enemigo jugando contra la ley de la probabilidad.

Repito, dada la complejidad del escenario estratégico colombiano, es necesario identificar aquello que definitivamente no puede formar parte de la definición de victoria de las Fuerzas Armadas. Sin duda, la derrota del terrorismo no demanda el aniquilamiento de todos los violentos. Demostramos eso cada vez que hemos abierto la puerta a la desmovilización de aquellos que hasta un momento antes amenazaban la vida de los colombianos pacíficos, y seguiremos haciéndolo con nuestro compromiso permanente por humanizar el empleo de la fuerza, que resulta imprescindible para proteger los derechos de los ciudadanos. Tampoco puede asociarse el concepto de victoria a la construcción de una sociedad de la que la violencia haya sido completamente erradicada. En consecuencia, como es natural, el cuerpo de oficiales tiene que encarnar la esencia del ser militar, caracterizado por valores como la disciplina, la determinación y el valor, que se convierte en el mejor recurso de la nación en los momentos más difíciles.

Nuestra obligación de soldados de la patria es mantener una actitud combativa e innovadora para enfrentar los retos siempre cambiantes en la lucha contra el terrorismo. Hay que mantener la dinámica y conservar siempre la iniciativa. Ya lo he dicho: "Tenemos todo para ganar y lo estamos logrando".

¡Firmeza y honor!



La llegada en pleno de la Corte Penal Internacional, necesaria pedagogía

✦ Doctor Jean Carlo Mejía Azuero



Introducción

Quiero transmitir a través de estas breves páginas algunas reflexiones para los miembros de la institución militar y policial, las cuales también pueden ser apreciadas por los demás servidores públicos y la comunidad en general y que se relacionan con la reciente entrada en pleno de la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional, CPI, en Colombia, a partir del primero de noviembre del año 2009.¹

Es necesario mencionar, que durante el año que se extingue se realizó por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar², en unión con el Ministerio de la Defensa y el Comando General de las Fuerzas Militares, la capacitación más amplia y significativa sobre Derecho Penal Internacional y el Estatuto de Roma, reuniendo a lo largo y ancho de Colombia a miles de militares, civiles y representantes de otras instituciones que estuvieron prestos a recibir de parte de expertos colombianos y extranjeros conocimientos actualizados sobre el primer tribunal penal permanente en la historia de la humanidad.

1. El Estatuto de Roma y la CPI, como epicentro del nuevo derecho penal internacional. Con la suscripción por parte de 120 Estados del Tratado de Roma el 18 de julio de 1998, se dio paso a un nuevo orden internacional, el cual también vino a señalar el final del derecho internacional público, desde su concepción clásica

y el advenimiento de un derecho global, que descansa sobre la dignidad humana y los valores y principios ligados con aquellos derechos considerados como inalienables por toda la comunidad internacional. El aludido instrumento internacional, que ha sido firmado ya por 139 Estados y ratificado por 110, creó la CPI.³

El nuevo órgano judicial internacional, de naturaleza permanente, se constituye en una demostración de que el concepto de soberanía westfaliano se ha derrumbado por completo y que hoy la soberanía debe ser entendida en forma funcional, con el fin de evitar que las fronteras sigan sirviendo de barricada para los peores delincuentes. Con la llegada de la Corte, también tomó una nueva dimensión el Derecho Penal Internacional, DPI, sobre el cual hacía alusión Jeremías Bentham, fanal del general Santander, constructor de la patria. En ese sentido se tienen desde 1998 dos derechos penales; uno nacional o de primer nivel y uno supranacional o de segundo piso, al cual sólo se puede acceder si el sistema judicial interno falla.

2. La Convención de Palermo sobre delincuencia organizada. El epicentro del Derecho Internacional Penal. Los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal. Así como existe el Estatuto de Roma, ER, para el DPI, la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada, CPDO, del año 2000⁴, se ha constituido en el núcleo convencional de un nuevo Derecho Internacional Penal, DIP, que a diferencia del DPI y de la CPI, persigue el fenómeno de delincuencia organizada transnacional a través de la cooperación policial y judicial en

1. Para una mayor ampliación sobre el tema de la Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia, ver MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. La Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trincheras. Segunda Edición, agosto del 2009. Editorial Jurídica Diké. Medellín Colombia.

2. El programa de Pregrado en Derecho de la UMNG, se encuentra acreditado en Alta calidad desde febrero del año 2009; igualmente, cuenta con tres maestrías, cuatro especializaciones; su revista está indexada en Colciencias y cuenta con el grupo de investigaciones mejor clasificado de la Universidad.

3. Para mantener actualizada la información sobre la CPI, en <http://www.iccnw.org/?lang=es>

4. http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_spa.pdf



La CPI es un tribunal penal permanente y complementario de los sistemas penales nacionales, que tiene la misión de investigar, juzgar y eventualmente condenar a aquellas personas naturales que hayan cometido los más graves crímenes contra sus semejantes.

materia penal y con la prevalente utilización de la extradición, la orden europea de detención y entrega, la orden centroamericana de extradición simplificada y entrega, así como de otras figuras novedosas.⁵

3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la CPI? La CPI es un tribunal penal permanente y complementario de los sistemas penales nacionales, que tiene la misión de investigar, juzgar y eventualmente condenar a aquellas personas naturales que hayan cometido los más graves crímenes contra sus semejantes. Tiene su sede en La Haya, al igual que la sala de apelaciones de los tribunales penales internacionales ad hoc, para la Antigua Yugoslavia y Ruanda. Se organiza en una fiscalía (en la actualidad en cabeza del doctor Luis Moreno Ocampo), una sala de asuntos preliminares, una sala de primera instancia, una sala de apelaciones y una secretaría, encargada de los asuntos administrativos.

El órgano de gobierno principal de la CPI es la Asamblea de Estados parte, que se reúne una vez por año, para analizar los avances en los diferentes temas relacionados con los crímenes de jurisdicción y competencia de la Corte. Cuenta con 18 magistrados⁶ repartidos en salas y en la actualidad la presidencia la ostenta el magistrado San – Hyung Song⁷ de Corea del Sur.

4. ¿Cuáles crímenes juzga la CPI? Luego de muchas discusiones, prácticamente desde 1995 cuando la

ONU creó un comité preparatorio (PREPCOM) encargado de discutir el proyecto de Corte presentado por la Comisión de Derecho Internacional, y hasta la Asamblea de Plenipotenciarios, llevada a cabo en julio de 1998, se discutieron cuáles podrían ser los crímenes que debería juzgar el órgano judicial internacional, llegando a un consenso de acuerdo con los antecedentes de los tribunales de Núremberg, el Lejano Oriente, la Antigua Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Timor Oriental, Kosovo, Irak, entre otros.



8. <http://www.cambio.com.co/portadacambio/766/IMAGEN/IMAGEN-3988067-2.jpg>

De esa forma, se estableció en el Estatuto que la Corte tendría competencia para juzgar los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y el crimen de agresión.⁹ Este último crimen todavía no ha sido definido; será en la Asamblea de Estados parte del 2010 en Uganda que se proponga una definición internacional.

5. Para mayor ampliación MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Diferencias entre derecho penal internacional y derecho internacional penal. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho, ISSN 0121-182X, Vol. 11, N° 22, julio – diciembre del 2008, pp. 181 – 217. también disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942315>

6. De los 18 magistrados, sólo dos son suramericanos (Bolivia y Brasil) y también está un magistrado de Costa Rica. Colombia, único país en Latinoamérica con un conflicto armado no internacional, no cuenta con ninguna representación.

7. A partir del 11 de marzo del 2009, reemplazando al canadiense Philippe Kirsch quien fuera su primer presidente desde la instalación de la corte en el año 2003, también un 11 de marzo.

9. Artículo 5° del ER. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ley 742 del 2002. Ediciones Doctrina y Ley. Primera edición. 2002. Bogotá D.C. p. 16

5. ¿Sobre cuáles principios trabaja la CPI? Esta pregunta lleva a interesantes reflexiones sobre la CPI, las cuales deben ser interiorizadas por todos los miembros de las Fuerzas Armadas. En primer lugar, la CPI no juzga Estados sino a seres humanos.¹⁰ Por otro lado, su naturaleza es eminentemente complementaria, es decir, no entra a operar si existe aplicación de justicia con estándares internacionales en los Estados.¹¹ En tercer lugar, la CPI no juzga en rebeldía, por tanto, el procesado tiene que estar presente durante el juicio.

Así mismo, la CPI no admite ningún tipo de inmunidad por cargo, función, grado o jerarquía; de esa forma se entiende cómo el primer presidente en ejercicio en tener una orden de captura internacional, es Omar Al Bashir, de Sudán. Pero igualmente, no se refiere el ER a que sólo puedan ser juzgados los servidores públicos de los Estados, todo lo contrario, los primeros casos ante la CPI se relacionan con líderes de la guerrilla Congoleesa y de la República Centroafricana.¹²

Igualmente, la CPI no juzga a menores de edad, entendiendo esta condición de acuerdo con los instrumentos internacionales en casos de niños y niñas que no hayan cumplido los 18 años de edad.¹³ Por otro lado, la competencia de la Corte no es retroactiva; es decir, que si entró a funcionar el primero de julio del año 2002 a nivel internacional, no podrá juzgar hechos anteriores, salvo que se trate de crímenes de ejecución continuada como la desaparición forzada. Así mismo, los crímenes de competencia de la Corte son imprescriptibles.¹⁴ Finalmente, la CPI se fundamenta en los principios de *nulla poena sine legem* y *nullum crimen sine legem*, con lo cual formalmente quedó garantizado un derecho penal liberal.¹⁵

6. ¿Cómo se activa la competencia de la CPI? Es muy importante tener en cuenta que la CPI, básicamente se activa a través de tres medios. El primero, cuando un Estado parte del Estatuto realiza una denuncia por la



16. Omar Al Bashir, presidente actual de Sudán.
http://www.mofa.ps/eng/images/stories/mr._omar_al-bashair.jpg

posible comisión de uno o más crímenes de competencia de la CPI. Igualmente, lo puede hacer el Consejo de Seguridad de la ONU, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de la ONU; el fiscal de la CPI, de oficio. Es cierto que cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales pueden enviar a la fiscalía de la CPI quejas o denuncias por hechos que podrían llegar a constituir posiblemente un crimen de competencia de la Corte; estas situaciones entran bajo análisis de la fiscalía y si se encuentra mérito podría de oficio iniciarse una indagación que conduzca a la posible apertura de una investigación formal. Vale la pena en este sentido, decir que en la actualidad se encuentran bajo observación las situaciones de Afganistán, Chad, Georgia, Costa de Marfil, Kenya, Colombia y Venezuela.

7. ¿Cuál es la situación actual de la CPI? En la actualidad y luego de que se iniciaran las funciones de la CPI en marzo del 2003, hay que decir que se encuentran bajo estudio y con investigaciones abiertas las situaciones de varios Estados africanos, entre ellos el Congo, República Centroafricana, Uganda del Norte y el caso de Sudán en la región de Darfur. Recientemente, el fiscal Luis Moreno Ocampo solicitó a la Sala de Asuntos Preliminares II la apertura de una investigación sobre hechos ocurridos en Kenya en el año 2007.¹⁷ Ya sobre casos en concreto, el primer juicio ante la CPI es el del

10. Artículo 1 del ER. Ibid. P. 15, artículo 25 ER. Ibid. p. 39

11. Art. 17 del ER. Ibid. p. 17

12. Artículos 27 y 28 del ER. Ibid. P. 42, 43

13. Artículo 26 del ER. Ibid. p. 41

14. Artículo 29 del ER. Ibid. p. 42

15. Artículos 22 y 23 del ER. Ibid. p. 38.

17. http://www.iccnw.org/documents/KenyaOTP26Nov09_en.pdf

líder de la guerrilla Unión Patriótica Congoleña Thomas Lubanga Dyilo. Recientemente se decidió comenzar el juicio¹⁸ contra dos líderes más de la guerrilla congoleña, Germain Katanga¹⁹ y Mathieu Ngudjolo²⁰, por la presunta comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.



21. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo antes de que fuera suspendido su juicio a finales de agosto del año 2009. Fuente: <http://www.iccnw.org/?mod=home>

8. ¿Y Colombia qué? En virtud a que el Tratado de Roma es un instrumento internacional que requiere de la firma, aprobación y ratificación por parte de los Estados y todo un proceso de implementación, habrá que decir que Colombia ha venido cumpliendo paulatinamente con los pasos necesarios para que la CPI entre a funcionar plenamente en caso de que la justicia colombiana no quiera, no pueda o no tenga posibilidad de administrar justicia frente a delitos considerados internacionalmente como crímenes graves.

El 10 de diciembre del año 1998 Colombia firmó el ER; luego en el año 2001, adicionó a la Constitución Política en su artículo 93 para que se pudieran aplicar algunos artículos previstos en el ER, entre ellos, la posibilidad de imposición por parte de la CPI de la cadena perpetua, no prevista en nuestro medio.²² Ya en el año 2002, se promulgó la ley 742²³ en donde se incorporó el texto del ER, previo control de la Corte Constitucional, que mediante la Sentencia C-578 del mismo

año, dio un paso trascendental frente a varios temas relacionados con la justicia penal internacional en Colombia, constituyéndose de paso en una sentencia hito.²⁴

Por otra parte, el Código Penal del año 2000 incluyó algunos de los crímenes de competencia de la Corte, entre ellos aquellos relacionados con las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, DIH, y por ley 589 del año 2000 el crimen de genocidio; siendo el único país en el mundo que tiene tipificada esta conducta por móviles políticos. Frente a la implementación hay que indicar que se han aprobado dos instrumentos internacionales fundamentales para que se pueda aplicar la CPI en el país; el primero, relacionado con la protección e inmunidad que los miembros de la Corte deben tener en territorio colombiano (conocido como APIC) y, en segunda instancia, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y pruebas, esenciales para entender la tipificación de los graves crímenes. Hablamos en este sentido de las leyes 1180 del 2007²⁵ y 1268 del 2008.²⁶

9. ¿Pero está vigente la competencia de la CPI en Colombia? Aquí hay que precisar que existe mucho desconocimiento frente al tema en el país, incluso por parte de entes gubernamentales y órganos judiciales. Un primer aspecto necesario, es el de entender que Colombia ratificó el ER el día 5 de agosto del año 2002, entrando en vigencia la competencia de la Corte para hechos ocurridos en Colombia y de acuerdo con el artículo 126.2

Por otra parte, el Código Penal del año 2000 incluyó algunos de los crímenes de competencia de la Corte, entre ellos aquellos relacionados con las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, DIH, y por ley 589 del año 2000 el crimen de genocidio; siendo el único país en el mundo que tiene tipificada esta conducta por móviles políticos.

18. El 24 de noviembre del 2009. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinekatanga>

19. Perteneciente a las fuerzas de resistencia congoleñas en la región de Ituri.

20. Perteneciente al frente integracionista nacional.

22. Acto legislativo número 2 del 2001.

23. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_02_2001.html

24. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0742_2002_pr002.html
http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Normativa/Sentencia_C578_02_Estatuto_Roma.htm

25. Declarada constitucional mediante la sentencia C-1156 del 2008 de la Corte Constitucional. M. P. Clara Inés Vargas.

26. También recientemente declarada exequible por la Corte Constitucional.

En primer lugar, educarse dentro de una nueva cultura de legalidad. El policía y el militar tienen que ser ejemplo para la comunidad y para la sociedad. Salirse del marco constitucional y legal significa actuar como un vil delincuente, con un agravante, la violación a la posición de garante que se tiene al ser servidor público.

del mismo Estatuto el día primero de noviembre del año 2002. Lo anterior quiere indicar, que la CPI tiene desde la última fecha mencionada competencia para conocer de crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio presuntamente cometidos en Colombia y de acuerdo con el principio de complementariedad.

10. ¿Y qué sucede con los crímenes de guerra y el crimen de agresión? Frente a los crímenes de guerra hay que precisar que en seis declaraciones interpretativas que realizó Colombia el día 2 de agosto del año 2002, utilizó una salvaguarda prevista en el artículo 124 del ER para que no se tuviera por parte de la CPI competencia para investigar y juzgar estos crímenes por un período hasta de siete años. Por ello, la CPI no ha tenido competencia para estos crímenes frente a hechos ocurridos en Colombia desde el primero de noviembre del año 2002; no obstante, los siete años de la salvaguarda ya se cumplieron el primero de noviembre del 2009. ¿Sirvió la salvaguarda? Simplemente no. Mientras los grupos al margen de la ley de extrema derecha utilizaron una ley de justicia transicional, los grupos de extrema izquierda jamás aprovecharon la oportunidad para acercarse a una negociación con el Gobierno, y las FFAA desaprovecharon tiempo muy valioso para mejorar su educación en temas como derecho operacional, DDHH y DIH. Finalmente, la CPI no tiene competencia con el crimen de agresión puesto que no ha sido definido como se indicó anteriormente.

11 ¿Qué deben hacer los miembros de la Fuerza Pública frente a la llegada en pleno de la CPI? En primer lugar, educarse dentro de una nueva cultura de legalidad. El policía y el militar tienen que ser ejemplo para la comunidad y para la sociedad. Salirse del marco constitucional y legal significa actuar como un vil delin-

cuente, con un agravante, la violación a la posición de garante que se tiene al ser servidor público. Por otro lado, es fundamental la estructuración de una educación adecuada en todos los niveles, comenzando por los generales, en DDHH, DIDH, DICA, DIH, DPI y DIP; sin conocimiento claro del contexto internacional es imposible desarrollar las competencias, habilidades y destrezas que son requeridas en todo liderazgo militar y policial.

En tercer lugar, resulta trascendental acometer en las escuelas de formación básica y avanzada una profunda reforma a los procesos de selección e incorporación. Hoy, básicamente podemos decir que gran parte de los desafueros que cometen los miembros de las Fuerzas Armadas tienen una relación directa con las malas incorporaciones e incluso con políticas que sustentan el control territorial en un conflicto armado no internacional, bajo el criterio de que la masa es más importante que la calidad. Por otro lado, la Fuerza Pública debe tener claridad que detrás del fuero militar no se puede escurrir una elusión a la responsabilidad penal por hechos relacionados con presuntas violaciones al DIH y a los DDHH. Aquí se deben cumplir los principios de la ONU contra la impunidad de Joinet y de Decaux.²⁷ Pero también la justicia ordinaria debe funcionar, porque en realidad con el sistema de tendencia acusatoria que ha implementado Colombia se sigue generando mucha impunidad.

De otro lado, debe existir en el ámbito castrense una preocupación por lograr que la disciplina regrese; ¿cuántos delitos se evitarían, cuántos crímenes, si se hubiera tomado medidas oportunas y pertinentes? Finalmente, el militar y el policía deben tener conciencia de que la obediencia debida no puede operar jamás en casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, cualquier tipo de orden que se dé en el anterior sentido resulta de suyo ilegal.

12. ¿Ya se pueden enviar colombianos ante la CPI? La verdad es que no. A pesar de que en Colombia la CPI tiene competencia para conocer de posibles crímenes

27. Principios para luchar en contra de la impunidad en tribunales militares.
http://www.ssg.cl/justicia/documentos/principios_onu.pdf?PHPSESSID=05e9738c60f5f5bc0e8673afc060943a



28. Fuente. http://www.tribunalatina.com/colombia/img2/FARC_Ninos_col_b.jpg

de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, la verdad es que no existe todavía posibilidad de que sean enviados colombianos o colombianas ante la Corte. En primer lugar, a pesar de que la situación de la desmovilización de los paramilitares se encuentra en estudio de la CPI, el mismo fiscal del órgano de justicia internacional ha indicado que se deberá esperar un tiempo prudente para ver cómo evoluciona la ley de justicia y paz.

Por otro lado, Colombia no ha implementado una parte esencial del ER, y es la atinente a la cooperación de los Estados con la Corte; en ese sentido, toda la parte IX del Estatuto, que versa sobre la entrega (no extradición), no posee un desarrollo legal interno, imposibilitando la cooperación con la CPI, no obstante de que existan normas generales sobre el tema. Por otra parte, a pesar de las denuncias presentadas por muchas ONG y personas naturales ante la fiscalía de la CPI, el estándar fijado en el estatuto de “intereses de la justicia”, se convierte en un verdadero principio de oportunidad, delineando la política criminal de la Corte.

Conclusión

Como se pudo observar, sobre la CPI existen muchas aristas, tal vez demasiadas, sobre las cuales los miembros de las FFAA deberán profundizar a través de una

capacitación constante sobre el nuevo orden internacional. Además, al sistema de DPI se le ha sumado el principio de jurisdicción universal a través del cual un Estado se arroga la competencia de juzgar a una persona que no haya cometido un crimen en su territorio, siempre y cuando atente contra la dignidad humana y los valores y principios de la nueva aldea global. De esa forma, se cierra lentamente la brecha, para lograr estándares más altos de justicia y también de verdad y reparación, sobre todo cuando ha existido un conflicto armado, como resulta en el caso colombiano.

Finalmente, en un país como Colombia que posee indicadores terribles frente a la utilización de armas no convencionales por parte de los grupos armados al margen de la ley, o en donde los niños y las niñas son utilizados como “carne de cañón”, habría que reflexionar sobre cómo está actuando nuestra justicia frente a la investigación, juzgamiento y eventual sanción de esos hechos, porque en caso de encontrar que no se esté procediendo con rigurosidad se abrirían las puertas para que las denuncias fueran presentadas internacionalmente. Creo que la CPI y su llegada a Colombia transita por el camino de los prejuicios, las verdades, eventuales amenazas, pero también inmensas oportunidades para colocar a los miembros de los grupos al margen de la ley, tras las rejas, no importa si es en Colombia, en La Haya o donde sea.

Y no nos equivoquemos, la CPI no juzga por ahora ni narcotráfico ni terrorismo; tampoco importa que se niegue, afortunadamente por pocos, hoy en día la inexistencia de un conflicto armado; la verdad es que las autodenominadas Farc y el Eln cometen crímenes de guerra y de lesa humanidad todos los días y precisamente hay que exigir justicia, y recordar que los militares, los policías y sus familias, por previsión legal y además de la Corte Constitucional, también son víctimas del conflicto armado, y ésta especial y humanitaria circunstancia se debe aprovechar.✎

Competencia Universal

❖ Doctor Horacio Daniel Piombo (IF)*

Mi profundo agradecimiento por estar aquí, quería explicarles la razón por la cual Argentina está aquí; tenemos una experiencia muy rica en advertencias, una experiencia muy rica en cautelas, que yo pongo a disposición de ustedes para desarrollar un tema eminentemente conflictivo, que es el tema de la Jurisdicción Universal, el cual es una de las armas políticas más terribles que se han inventado, pero que al mismo tiempo puede ser encajonada, sujeta y limitada. Yo quiero darles algo útil, les quiero señalar que el tema es importante para Colombia, porque la Jurisdicción Universal es una amenaza.

Les voy a indicar una introducción metodológica, con un contenido preciso que vaya a una finalidad, y que al terminar se encuentren con algo concreto para la operatividad inmediata. El militar de hoy, en un conflicto interno, está guiado un 50 por ciento por el éxito de sus tácticas y el otro 50 por ciento por el éxito que puedan tener sus maniobras de combate, desde el punto de vista jurídico.

A ustedes se les enseña que el derecho es la regla, es la norma, que el derecho es el precepto; yo les voy a cambiar algo de eso, para nosotros es un tipo de función o de ideas que responden a una doctrina clásica cuando estudiamos filosofía del derecho.

Considero que éste no es unidimensional, sólo norma, sino que el derecho es tridimensional y eso les va a dar

un campo de actividad, de pensamiento, mucho mayor; esto significa que el derecho no sólo es regla sino que es hecho social y es valor, es decir, enjuiciamiento en torno a la jerarquía o no jerarquía de algo que preside nuestro movimiento.

El valor es la justicia, pero ustedes se guían por otros valores, como por ejemplo el éxito en la operación, que significa el triunfo, desarticular al enemigo, neutralizar su logística, destruirla; pero esos son valores pragmáticos, son tan valores para el derecho como la justicia. Lo único es que la justicia es un valor que debe cumplirse siempre, lo pragmático tiene que estar un poquito subordinado a la justicia, para que se dé la premisa de que el derecho ha sido creado para que el hombre pueda compatibilizar su vida con otros hombres, coexistir y, además, pueda funcionar el derecho.

Vamos a hacer un abordaje desde tres disciplinas del mundo jurídico. Yo estoy en un tribunal penal, opero, pienso y sentencio en mi tribunal penal, pero enseño las dos ramas del Derecho Internacional: el Público y el Privado; el Público, lo saben todos como es; el Privado es simplemente la parte del Derecho que enfoca la cooperación jurídica y sobre todo el tratamiento de las relaciones nacidas en el extranjero, o en otro Derecho, a la luz no de nuestro derecho sino del Derecho que presidió la creación de esa relación.

Este triple punto de vista tiene un valor importante, porque todos los problemas que padecen quienes enfrentan la Jurisdicción Universal están creados no por los penalistas, no por los internacional privatistas, sino por los internacionalistas alimentados ideológicamente, no

* IF. Este IF (Idea Fidedigna) respeta en su totalidad las ideas y conceptos expresados en las intervenciones de los panelistas internacionales. De la grabación de viva voz y la correspondiente transcripción se conservan los conceptos expresados, si bien el trabajo de edición recibe el correspondiente tratamiento técnico y científico de trasladar el discurso coloquial y llano (expresión verbal informal) al discurso escrito (expresión escrita) para imprimir legibilidad formal a la conferencia. Ningún concepto ha sido alterado y es de propiedad del pensamiento del autor.



El militar de hoy, en un conflicto interno, está guiado un 50 por ciento por el éxito de sus tácticas y el otro 50 por ciento por el éxito que puedan tener sus maniobras de combate, desde el punto de vista jurídico.

se sabe por quién; hay que ver quién está detrás de cada institución jurídica, cuáles valores, qué intereses se están moviendo detrás de eso para lograr algo que es la negación llana del derecho penal. El derecho penal es respetuoso con el imputado, en el derecho penal hay un conjunto de garantías mínimas, y el hombre es el centro como imputado acreedor de un tratamiento humanitario.

La incursión de los internacional publicitas, de los que se dedican al Derecho Internacional, ha creado el nuevo derecho penal, lo que ha significado echar por tierra todas las garantías que se habían edificado. Les traigo un ejemplo, la Argentina incorporaba a su Constitución, y ustedes la tienen, el Tratado de no Prescripción por delitos atroces, eso es una barbaridad, porque es sacar una institución del contexto en que fue creado. En el derecho anglosajón no prescribe cuando dentro de los cinco años se ha iniciado la acción y al mismo tiempo ha tenido conocimiento el imputado. Nosotros la incorporamos y tenemos un problema muy serio, y eso lo sabe quien ha afrontado un proceso, el tiempo que corre en un proceso no sólo significa que hay menos interés en la sociedad, sino que hay pérdida de los elementos que pueden probar una inocencia.

Yo les voy a traer un caso. Un señor N, a quien una persona acusa de ser el verdugo de Treblinka, Estados Unidos le sacó la nacionalidad americana, se lo entregó a Israel, en “esos juicios tan comunes en Israel; es decir, esos juicios tan llenos de garantías”, una cancha de fútbol, todos los testigos en contacto, el imputado sentado en una silla, fue condenado. Pero hubo un cambio de gobierno, vinieron los socialistas al poder y el fiscal dijo:

este hombre viene con una condena a muerte, tengo que ver qué hay detrás de esta condena; empezó a averiguar y justo en 1991 se restablecieron las relaciones entre Israel y la que entonces se llamaba Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Al fiscal le facilitaron el expediente del verdugo de Treblinka y no era este hombre, lo curioso es que podían aseverarlo tres personas.

Cuando se inició el juicio, esas tres personas vivían pero Israel no las citó; cuando terminó el juicio en primera instancia, las tres personas estaban muertas, es decir, que se llevó a la Corte de Israel y salvó su cabeza: siete contra dos, es decir, hubo quienes dijeron no hay nada más que prueba de cargos no de descargos, el expediente ruso es otra cosa, se pudieron haber equivocado. Lo que les quiero decir es que cuando se inició el juicio, nosotros estamos hablando, a veces, de cosas que pasaron hace 30, 40, 50 y 60 años atrás, puede haber testigos cuando el juicio promedia, como pueda que no.

Por eso, la prescripción también se basa en que con el transcurso del tiempo, desmejora la posibilidad de defenderse; sin embargo, hoy la tenemos en Argentina y en muchos países de América, como cláusula constitucional, olvidando cuál es su origen en el derecho anglosajón.

Vamos a ver cuáles son los principios que guían a la ley penal en su aplicación:

El principio territorial. Es cuando el delito ocurre en un lugar, parece ser que la lógica indica que debe ser juzgado en ese lugar, es una lógica de la soberanía, se presume que la prueba tiene que estar en el lugar

donde el delito ocurrió. Hay delitos que se perfeccionan en varios lugares, o delitos que tienen un lugar donde se ejercita la acción y otro lugar donde se produce el resultado; entonces, para adecuarlo a este principio, los juristas inventamos el principio de ubicuidad, porque enfoca tanto el lugar donde se cometió como donde se produce el resultado. Otro problema es la presencia virtual, por los ataques informáticos, donde todavía el Derecho Internacional no ha inventado nada, porque cuando se utiliza la red se está pasando por determinados países y el principio de territorialidad de golpe puede agrandarse.

El principio de la personalidad. En este principio ya no es el territorio, sino el hombre, la persona, el actor, el agente que perpetra el delito o cuando es la persona la víctima.

Ahora vamos a hablar de la **Protección**. Es el sistema real y objetivo de la defensa, atañe a la protección; el bien no está en nuestro territorio físicamente, por ejemplo, la protección del crédito público, que está en todos lados, entonces, hay un sistema de defensa también real y objetivo que tiene un toque de territorialidad.

Después de esto viene lo que a nosotros nos interesa, el sistema penal que les voy a explicar. Este es un sistema donde cualquiera, todo miembro de la comunidad internacional podía ejercerlo, no necesitaba estar afectado por el delito, por ejemplo el caso de la defensa de los esclavos; esto apunta a que cualquier Estado pueda punir para facilitar o asegurar la punición.

En relación con el tema de la extradición, hay un sistema colateral a éste, muy parecido, pero no tiene nada que ver, es el derecho penal por representación, sustitución o suplencia; el cual dicta que cuando se rechaza la extradición por nacionalidad del imputado, el país que toma esa grave decisión de no entregarlo se compromete a punir y lo hace en representación del país al que se le denegó. (*Aut dedere aut punire*)

Ahora vamos a hablar concretamente del tema del día. Cuando hablamos de Jurisdicción deben tener una

precisión, ustedes saben que los abogados hablamos muchas cosas parecidas pero no son iguales, son parecidas en la expresión conceptual.

Nosotros tenemos la Jurisdicción Universal, que es la jurisdicción que ejerce un tribunal internacional, es la creación de tribunales internacionales; es decir, concentrar en un órgano único internacional o plural por relativos aciertos, o ciertos conflictos. Ustedes saben que ahora hay muchos tribunales internacionales, pero algunos no son estrictamente internacionales; si yo hablo del tribunal o salas especiales de Camboya, no es un tribunal internacional, es un tribunal camboyano con juristas extranjeros y procurador de Camboya. ¿Por qué? en Camboya hubo una limpieza muy grande, hecha por una facción muy parecida al maoísmo peruano, que quería reconstruir el país en uno nuevo y para reconstruirlo decidió que había que matar a todas las personas que tuvieran algún grado de instrucción, entonces, se mataron a 3 millones de profesionales, maestros y comerciantes; la mitad del pueblo la liquidaron directamente; fue tan atroz que Rusia se alarmó



Estupa con los restos de las víctimas, una de las pruebas del sanguinario régimen camboyano.

tanto que ordenó a su más fiel aliado en la zona, Vietnam, para que invadiera y terminara con esa carnicería e instaló otro gobierno que los persiguió.

Este caso no tiene que ver con la competencia internacional, éste es un problema de un tribunal cualquiera civil, comercial, laboral, para conocer de un caso con elementos extranjeros, supone uno solo, nada más. La competencia universal es la que asume un tribunal para conocer todas las acciones que se dirigen contra una misma persona o patrimonio, eso ocurre cuando hay problemas de fusión de empresas, cuando hay sucesiones, mortis causa, etc., y sobre todo procesos de falencia a nivel internacional.

Recuerden una cosa, cuando yo hablo de jurisdicción ustedes tienen que entenderla de dos maneras: si hablamos en Derecho Internacional Público, jurisdicción es el poder del Estado para crear la ley y ejecutarla, pero cuando en Derecho Internacional Privado decimos que tiene jurisdicción estamos hablando de un tribunal judicial, civil, comercial, penal, o lo que sea; así que ya saben, en Internacional Público, jurisdicción es la potestad de decidir, hacer la ley y aplicarla, y la jurisdicción en Derecho Internacional Privado, es la potestad de conocer de los casos contenciosos.

Hay dos fundamentos: el Utilitario, para que todo país conozca de todos los delitos, es cuando se agrede un derecho común a varios Estados; segundo, también Utilitario, por ejemplo, la preservación de la moral, atacar la pornografía infantil, estrictamente es defender una conciencia.

Después tenemos lo relacionado con Internet, ahora éste es el tema militar por excelencia; piensen en los ataques a través de Internet, los delitos, estafas masivas, pornografía infantil, ustedes ya tienen una idea de este problema y el fundamento humanitario, que es proteger al hombre en los crímenes de guerra o en los delitos contra la humanidad, que todavía no están bien definidos y cada uno maneja según le conviene.

Henry Kissinger dice que una jurisdicción universal en manos de cualquier Estado es un arma no sólo para las potencias grandes de interferir, sino de las potencias chicas para molestar, crear atención internacional y desacreditar un gobierno.

¿Que categorías tiene la jurisdicción universal? el problema es muy sencillo, si ustedes aplican una jurisdicción internacional, es decir que Colombia conozca de todos los delitos en forma incondicional, es imposible; entonces, se pone para todos los delitos, pero se le agrega que opera en subsidio, lo que significa que cuando la competencia que se estima más afectada por el delito no actúa, o no actúa suficientemente, es cuando opera la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional se podría condicionar a ciertas cosas, la podemos condicionar para que funcione cuando no actúe el Estado o cuando actúe mal; eso es lo que hace que actúe esta Corte o condicionarlo, exigiendo la presencia en el territorio o requiriendo que la nacionalidad del inculpaado sea la del Estado.

Henry Kissinger dice que una jurisdicción universal en manos de cualquier Estado es un arma no sólo para las potencias grandes de interferir, sino de las potencias chicas para molestar, crear atención internacional y desacreditar un gobierno.

El nervio de la extradición no está en un tratado, sino en una actividad previa que se llama la pre-extradición, y eso no lo hace ningún país; la hace una organización internacional que es la Organización Internacional de Policía Criminal, ninguna extradición es posible si Interpol no difunde rostros, señales, carácter de la imputación, huellas, elementos para tomar a la persona e identificarla. ¿Qué pasa cuando un país pide la captura de una persona a través de Interpol? el único que puede removerla es el país que la pidió.



Miembros de la Corte Internacional de Justicia en la Sala de Deliberaciones del Palacio de la Paz de La Haya (Países Bajos)

Un ejemplo, Bangladesh instituyó un tribunal para juzgar Derechos Humanos en todo el mundo; fue una locura de un gobierno de izquierda, que terminó en ocho o nueve meses, lanzaron capturas a todo el mundo, esas capturas están en la Interpol, la persona que va al aeropuerto, cuando va a migración, encuentra esa captura y si es un dignatario político la cosa no es tan problemática, pero cuando es una persona reducida a condición civil se encuentra con una detención; ese es un tema que nadie les enseña a ustedes y que es de primerísimo interés.

Les voy a dar un dato consolador, por suerte la Corte Internacional de Justicia ya se pronunció, Bélgica en 1993 dictó una ley incondicionada, un gobierno de izquierda de ese país quería hacer justicia en todo el mundo, ya la modificó en el 2003; ahora se necesita un requerimiento del Estado para funcionar, cualquier juez podía hacerlo, se presentaron unos ruandeses y dijeron: miren, aquel señor que ahora viene como ministro cometió, masacró, mató, cuando era comandante militar, y pidieron un mandato de captura para detenerlo, una medida cautelar, ¿qué dijo la Corte? que cualquiera sea el respeto que merezca, el principio de la jurisdicción universal no puede contravenir principios del Derecho Internacional anteriores y que hacen la coexistencia y convivencia de los Estados, entre ellos

el de igualdad soberana, el de respeto por los órganos de gobierno; no puede ser que mañana una orden de detención de Venezuela sorprenda a un ministro colombiano en el exterior; en eso la Corte ha dicho no, eso no va, ya tenemos jurisprudencia internacional sobre ese tema, pero puede haber otros problemas. Tenemos que este sistema exige una coordinación entre normas internas e internacionales.

Con el principio de imputación; si yo le impongo una pena le descuento lo que sufrió en el exterior, nada más, es una especie igual a lo tributario; ustedes saben que en lo tributario Colombia y Argentina han firmado, suscrito y ratificado convenios de doble imposición y entonces hay una cosa que se llama el tax credit, que dice que si una empresa alemana viene aquí y Colombia le cobra el 31 por ciento, los alemanes cobran el 38, los alemanes por el convenio dicen, bueno, los 31 que le pago a Colombia, se lo descuento, pero usted me debe lo que pasa de 31 a 38, es decir el 7 más; es lo mismo, es el mismo razonamiento y eso es lamentable, los códigos penales lo tienen por doquier, el código penal alemán lo tiene, el código penal de Israel; es una cosa sumamente reconocida.

Otro problema es la posibilidad de que ciertos Estados, por causa de su régimen puedan disponer de un

arma, relativamente poderosa, susceptible de movilizar la opinión pública mundial, intromisión del poder judicial en la política exterior; eso es lamentable, los jueces no estamos en condición de fijar pautas en la política exterior.

En el juzgamiento de crímenes de guerra se legalizaría la justicia del vencedor. Cuando a alguien lo llevan a un país distinto, el problema que tiene cuando es juzgado es la defensa, entonces el inconveniente de todo esto es que procesalmente no se puedan llevar pruebas, porque no les pueden garantizar a los testigos que no van a caer en la misma redada; por eso, es muy importante y hay convenios que establecen la inmunidad absoluta de testigos, esto lleva a un problema mucho más grande, que es de todo el sistema universal.

El sistema universal se ha preocupado por los fiscales, por los jueces y no se ha preocupado por la defensa; si ustedes son inculcados ante un tribunal internacional, el primer problema es quién los defiende, quién paga un defensor, falta un ministerio público para la defensa. Entonces, la posibilidad de defensa en juicio es muy difícil.

Conclusiones

Colombia tiene que desarrollar una activa política en materia de Derechos Humanos, el presidente Uribe la tiene, ha desarrollado una política con énfasis en los Derechos Humanos del Ejército, que garantiza que la Corte Penal Internacional jamás los va a perseguir,

porque la Corte no interviene cuando ha habido una persecución eficaz, que el país demuestre interés en perseguir eficazmente.

Hay que difundir en todos los convenios, que Colombia y los países de América logren la posibilidad de la inmunidad de los testigos, que sea completa. Que ante los tribunales internacionales exista una defensoría de oficio, o si no fondos suficientes para que se pueda llevar un abogado de confianza del imputado; eso es fundamental, tener un defensor de confianza, el abogado va a ser la garantía de que pueda contactarse en ese lugar con alguien.

Hay que limitar enormemente la actuación de las organizaciones que fomentan en el exterior las persecuciones, hay que tratar de limitar eso de alguna manera, empezando siempre por lo propio, siempre actuando a través del fiscal, nunca actuando independientemente.

Entonces, el principio universal es un principio peligroso, pero tiene que existir para enfocar los hechos que suceden fuera de toda jurisdicción o los hechos donde no puede precisarse jurisdicción; por ejemplo, lo que sucede con el Internet, esto que se emplea para adjudicar hechos contra los Derechos Humanos felizmente va a ser cada día más estricto, porque hay una fuerte corriente de opinión, que sólo en el caso de que haya ineficacia total en la justicia local o que haya un interés del país que juzga, por ejemplo porque son sus nacionales, con lo cual se confunde con el principio de la nacionalidad pasiva, sólo en ese caso puede actuar. ✎

El debido proceso y el derecho a la verdad

en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

✦ Doctor Héctor Faúndez Ledesma (IF)

Buenos días, muchas gracias a los organizadores de este evento por permitirme compartir con ustedes algunas reflexiones e ideas en torno a los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

Inicio por destacar que las dos ramas del derecho, tanto de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Penal, constituyen dos conquistas invaluable de la humanidad. Ya en 1907, hace más de un siglo, un jurista francés sostenía que a la luz de lo que era en ese momento el Derecho Internacional, la gran deuda que tenía con la humanidad era precisamente su desarrollo y ramificación hacia lo que debería ser el Derecho Internacional Penal, esto se convirtió en una realidad con la adopción, aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma.

Precisamente en función de ello, la humanidad ha dado un paso trascendental en la preservación de valores universalmente compartidos, como lo son los Derechos Humanos, que de una u otra manera existe cierta convergencia entre aquello que está defendiendo o aquello que propicia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de lo que de alguna manera también intenta reprimir o sancionar el Derecho Internacional Penal.

Para ese efecto, yo creo que es importante recordar que los Derechos Humanos son los derechos que como individuos tenemos frente al Estado, son el límite frente al poder, son una barrera de contención frente al uso arbitrario del poder estatal, y puesto que de esa manera resulta evidente que a quien se va a castigar o perseguir ante las instancias internacionales, es preci-

samente al Estado, puesto que es el Estado quien viola los Derechos Humanos, no es el delincuente, ni el terrorista, ya que ellos cometen delitos, en cambio los agentes del Estado incurren en violaciones de Derechos Humanos, que en la medida en que estén tipificados como delitos, también deberían ser sancionados; de manera que la diferencia entre un delincuente y un agente del Estado, yo creo que la puso de manifiesto un intelectual inglés, en el siglo pasado, cuando sostenía que es muy malo que los caníbales se coman a los misioneros, pero sería terrible si los misioneros se comieran a los caníbales.

En ese mismo orden de ideas, quisiera señalar que la defensa de los Derechos Humanos en la medida en que es la defensa de valores universalmente compartidos, no puede ni debe generar ningún tipo de prejuicio o temor por el hecho de que todos participemos en la defensa de esos Derechos.

Señalado esto, entro de lleno al contenido de mi exposición, frente al tema del debido proceso y su vinculación con el derecho a la verdad, porque éste tiene una importancia trascendental en sociedades como las nuestras, en países americanos que han vivido épocas terribles de represión y barbarie, en países del Cono Sur de América Latina y Centroamérica, en donde se han entronizado las atrocidades más horribles que uno pueda imaginar, en nombre, a veces, de la defensa y seguridad nacional o de los valores superiores del Estado, cuando se ha salido de esas épocas oscuras de tragedias humanas y se ha querido reconstruir una democracia; se ha pasado entonces a lo que se denomina justicia transicional, ello señala qué hacer en

Inicio señalando los elementos que constituyen el debido proceso, entendiendo las circunstancias que hacen que podamos señalar o sostener que estamos en presencia de un juicio debido, correcto, apropiado y justo con las debidas garantías judiciales para cualquier persona que se vea sometida a la justicia por las razones que sean.

momentos en que no es posible en realidad hacer justicia; por lo tanto, tal vez esa denominación es equivocada y en donde se está, en realidad, es una época de transición hacia el restablecimiento de las instituciones democráticas, y cuáles son los valores que van a imperar allí y qué es lo que va a prevalecer y cómo compaginar eso en términos de administración de justicia y particularmente del debido proceso.

Para ello, inicio señalando los elementos que constituyen el debido proceso, entendiendo las circunstancias que hacen que podamos señalar o sostener que estamos en presencia de un juicio debido, correcto, apropiado y justo con las debidas garantías judiciales para cualquier persona que se vea sometida a la justicia por las razones que sean, y eso incluye, por supuesto, a individuos que estén acusados de un delito cualquiera, o que sean acusados de violaciones de Derechos Humanos, del mismo modo cómo incluye a personas que puedan estar acusadas de alguno de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. ¿Cuáles son los estándares internacionales en materia del debido proceso? ¿Qué es lo que se debe observar en esta materia?

En primer lugar, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia reiterada, en el Sistema de derechos y libertades, las garantías que protegen y que hacen posible el ejercicio de esos derechos y libertades y el estado de derecho, conforman una triada que se complementa mutuamente, y que es en ese conjunto en donde se hace posible definir los límites y las caracterís-

ticas de cada uno de estos tres elementos a los que hemos hecho referencia: los derechos y libertades, las garantías indispensables para hacerlos valer y el estado de derecho, con lo cual se está situando al debido proceso en un lugar fundamental, puesto que el sistema de garantías de los derechos y libertades que disfrutamos como ciudadanos de una sociedad democrática, es el que señala básicamente el acceso a la justicia y la posibilidad de usar los recursos indispensables para que efectivamente se haga justicia y se escuchen nuestras peticiones en la forma como estas pudieron haber sido planteadas ante los tribunales.

¿Cuál es el concepto que se tiene del debido proceso? De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso es el conjunto de herramientas o mecanismos que hace posible que una persona que se vea enfrentada a la justicia, esto es lo que la Corte denomina un justiciable, pueda hacer valer sus derechos en juicio, refiriéndonos a todo los instrumentos y mecanismos necesarios para hacer valer los derechos y juicios y para que en definitiva se logre una cosa muy sencilla, que es lo que buscamos ante los tribunales y es que se haga justicia. ¿Cómo lograr que



nuestros derechos efectivamente sean escuchados y nuestras pretensiones sean atendidas y que la decisión que pueda emanar de un tribunal sea una decisión justa? ¿Cuáles son los elementos fundamentales para que esto sea así?

Desde luego, la Convención Americana regula todo lo que se refiere al debido proceso bajo el título de garantías judiciales, pero de lo que estamos hablando más que de garantías judiciales, que son la consecuencia, es del debido proceso, aquel derecho que es multifacético y complejo y que al mismo tiempo sirve de herramienta para hacer valer otros derechos; se usa como herramienta para alegar que nosotros somos propietarios de este instrumento.



Por ejemplo, si nosotros alquilamos dicho instrumento y como inquilinos o arrendatarios de este aparato tenemos determinados derechos, o como propietarios tenemos otros derechos o que nosotros fuimos víctimas de un robo de este instrumento y que por lo tanto buscamos que se haga justicia, primero restituyéndonos la cosa que fue robada, pero al mismo tiempo, también castigando a quien lo hizo, ofreciendo garantías que certifiquen que ese hecho no se va a repetir y, al mismo tiempo, garantías de satisfacción y así por el estilo; obviamente, el tipo de circunstancias, el tipo de controversias y el tipo de conflictos jurídicos por lo que estamos aquí y de lo que ustedes están más pendientes es del tipo de controversia que surge en el contexto de la aplicación del Estatuto de Roma o eventualmente de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Ahora, para hacer valer esos derechos, repito, es que el debido proceso resulte instrumental, esa es la importan-

cia, ese es el valor del debido proceso; y precisamente por eso, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en su jurisprudencia que el debido proceso tiene un carácter de derecho fundamental, en el sentido de que es vital para hacer valer esos otros derechos y de derecho fundamental, en el sentido de que incluso en estado de excepción, esto es en aquellas circunstancias excepcionales que ponen en peligro la vida de la nación, el derecho y las garantías judiciales indispensables para hacer valer los derechos no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia y en consecuencia el debido proceso no se puede cancelar, es vital o fundamental en ese sentido.

Ahora bien, ¿Qué es lo que conforma y constituye el debido proceso? ¿Cómo construirlo? Hemos dicho que está conformado por distintos elementos, ¿Cómo construir ese derecho en el debido proceso? Tal vez, lo primero que deberíamos destacar es la circunstancia que debe existir para que haya un proceso, y tiene ante todo que haber un tribunal, desde luego tienen que haber unas partes, pero antes que las partes mismas tiene que haber un tribunal ante el cual las partes van a debatir su controversia y ese tribunal, que es anterior a la controversia, tiene que tener determinadas condiciones y características que debe reunir para que pueda garantizar un juicio debido, para que pueda haber un debido proceso o un juicio justo e imparcial.

Primero, tiene que haber un juez natural, que en otras latitudes se denominaría un juez competente, quien está llamado a juzgar y sentenciar; para este tipo de casos debemos tener en cuenta cuatro características: primero, que se trate de un tribunal previamente establecido por la ley, esto es que no sea un tribunal ad hoc, o un tribunal que se crea ex profeso para resolver determinado tipo de controversia; segundo, que se trate de un juez competente; tercero, independiente, y por último, imparcial.

Algunos ejemplos, como el caso de los Tribunales de Núremberg, Tokio, Antigua Yugoslavia o el Penal para Ruanda; todos estos tribunales han sido creados después del hecho y han sido establecidos con el propósito de conocer determinadas controversias y tan pronto

como se conoció de esa controversia la competencia del tribunal se extingue, se acaba, y el tribunal deja de existir y de tener sentido; este tipo de tribunales, obviamente, no son los deseables, lo que se requiere es que el tribunal sea anterior al hecho, que sea un tribunal previo. La pregunta sería ¿Cuál es el tribunal competente? y el Derecho Internacional dice: el tribunal competente, como regla general, es el tribunal del territorio del Estado, el tribunal nacional, los tribunales territoriales en función del principio de la territorialidad y en función de la soberanía del Estado.

Pero puede haber casos en los cuales un mismo hecho lesione o afecte intereses jurídicos de más de un Estado; por ejemplo, la víctima es nacional del Estado A, el delincuente es nacional del Estado B, el delito o crimen se cometió en el Estado C y el delincuente se encuentra en este momento en el Estado D; de manera que pudiéramos establecer allí, como criterio, la jurisdicción concurrente de varios Estados, es decir, tales o cuales Estados son los competentes para juzgar. Podríamos ir un paso más adelante, como es la jurisdicción universal, esto se refiere a hechos o delitos respecto a que los tribunales de cualquier Estado son competentes para conocer de ese hecho, eso es jurisdicción universal. Adelantándonos un poco más, podríamos pasar a la jurisdicción internacional y decir que es el tribunal competente para conocer de estos hechos.

Creo que el tema del debido proceso adquiere, en este contexto, una doble importancia, porque ya hace parte del Tribunal de Derechos Humanos, que no están llamados a conocer el comportamiento de personas, no están llamados a juzgar individuos y, por lo tanto, nunca van a juzgar a delincuentes, sino que van a juzgar comportamientos del Estado y el respeto y la garantía de los Derechos Humanos por parte de los mismos; en otras instancias, los tribunales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional, que juzga delincuentes, a quienes se les acusa de haber cometido crímenes internacionales y en ambos casos se señala que los Tribunales de Derechos Humanos o Tribunales Penales Internacionales y, particularmente la Corte Penal Internacional, forman parte de lo que se ha llamado la justicia complementaria.

La pregunta sería ¿Cuál es el tribunal competente? y el Derecho Internacional dice: el tribunal competente, como regla general, es el tribunal del territorio del Estado, el tribunal nacional, los tribunales territoriales en función del principio de la territorialidad y en función de la soberanía del Estado.

Estos son tribunales que están llamados a conocer única y exclusivamente si los tribunales del Estado no están en capacidad de juzgar o no tienen la disposición de hacerlo y para determinar si efectivamente el Estado juzgó o no adecuadamente un hecho, si se hizo con seriedad o no; entonces, de nuevo va a entrar en juego la determinación de las reglas del debido proceso, porque si no hubo un debido proceso, se puede inferir que el Estado no actuó, no juzgó o no conoció de esos hechos y por ende es necesario ir ante la instancia internacional, generándose allí un primer problema.

Un segundo inconveniente, particularmente en relación con el juez natural y con quienes forman parte de esta distinguida audiencia, son los tribunales especiales. En primer lugar, yo quisiera destacar que por tribunal, de acuerdo con los estándares internacionales, no se entiende solamente algo que lleve un nombre y forme parte del aparato del poder judicial de un Estado, ya que se concibe como cualquier órgano que está llamado a resolver una controversia conforme a derecho, escuchando a las partes, actuando en forma independiente e imparcial y juzgando de acuerdo con las pruebas que se le presentan y resolviendo esa controversia conforme al derecho.

Si un órgano está actuando en función de esa capacidad, independientemente del nombre que tenga, eso es un tribunal y tiene que adecuarse a los estándares del debido proceso; pero eso nos lleva a algunos órganos o tribunales que se salen de la esfera de lo que nosotros normalmente conocemos como tribunal –los tribunales de justicia–. Por ejemplo, un órgano administrativo que puede actuar como tal, es el caso de una instancia administrativa que tiene que determinar los derechos de un menor, u otra que deba establecer cuál es el uso que se le va a dar a determinadas tierras, si



son urbanizables o no y en qué condiciones se deban tener; independientemente de la instancia, se tienen que oír a las partes, actuar con independencia y juzgar conforme al derecho, ello es un tribunal.

En segundo lugar, también es un tribunal un órgano que tiene que actuar en lo que se conoce como el juicio político, esto significa aquel órgano que está llamado a pronunciarse sobre el comportamiento político de las autoridades de un Estado en algún momento y que en ejercicio de esas facultades puedan destituir a un Presidente de la República o a un funcionario de cualquiera de los poderes del Estado.

En su oportunidad, el caso se planteó en contra del Perú, en lo que se conoce como el Caso del Tribunal Constitucional, cuando el Congreso peruano destituyó a tres magistrados del Tribunal Constitucional y esa era una función política, no jurídica; y de hecho, así lo señaló la Corte Interamericana, sin embargo, la determinación de esa cuestión política tenía que actuar con independencia e imparcialidad y escuchar a las partes, no podía actuar de manera arbitraria, ni prescindir de las pruebas que le presentaban las partes, tenía que comportarse de la misma forma como se comportaría en un tribunal; entonces, esto se extiende también al juicio político, pero hay tal vez otros tribunales más permanentes, tribunales especiales, desde luego los tribunales de menores, en donde hay un amplio desarrollo por parte de la Corte Interamericana en cuanto a las reglas

particulares y especiales que tiene que observar la justicia de menores.

A lo que quería llegar es a la justicia militar, en lo que concierne específicamente, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes han señalado en forma reiterada que se trata de una justicia que tiene como propósito fundamental juzgar a militares por delitos militares cometidos en el ejercicio de su función; es decir, cuando un militar comete un delito común tiene que ser juzgado por la justicia ordinaria, no por la justicia militar, cuando un militar comete un delito de función, un delito militar, debe ser juzgado por la justicia militar; en cambio, cuando quien comete un delito es un civil, el juez natural o el juez competente es, de acuerdo con esa jurisprudencia de la Corte Interamericana, un tribunal ordinario o civil y eso en función de muchos criterios. En primer lugar, porque la justicia tiene que ser igual para todos, no puede haber una justicia especial para una y otra para otra, entonces, si se cometió un determinado delito nos da lo mismo que lo haya cometido un civil o un militar, si no se trata de un delito propio de la función militar entonces que lo juzgue la justicia civil o la justicia ordinaria.

En segundo lugar, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte, los tribunales militares no tienen exactamente la misma independencia que los tribunales civiles; fíjense por ejemplo un caso en contra del general Francisco Buzón, militar venezolano que ya

estaba en situación de retiro, y al estar bajo esas circunstancias se produce un incidente en el Fuerte Mara de Maracaibo, en donde resultan quemados ocho soldados y no se saben cuáles fueron las circunstancias en que fueron quemados; la prensa comienza a especular frente al hecho y a indagar si era que habían sido castigados y si luego el reglamento de castigos militares seguía vigente, lo decía un periodista, ni siquiera un abogado; de manera que se afirmaba: mire, nosotros entendemos que dicho reglamento fue derogado por la constitución, cómo es posible que esta gente estuviera en una celda y resultara quemada y finalmente dos de ellos muertos.

Una periodista lanza la hipótesis de que fueron quemados con un lanzallamas y este general retirado, Francisco Buzón, justo es invitado a un programa de televisión para hablar de otros temas, pero en el curso de la emisión televisiva la presentadora le pregunta: ¿General, ya que usted está aquí y es militar, díganos cómo es eso del lanzallamas y cómo funciona? y el general responde: el lanzallamas se inventó en el curso de la Primera Guerra Mundial, se utilizaba para sacar a los soldados que se escondían en algunas cuevas, es un arma de Infantería que utiliza un combustible especial que hay que preparar, lleva gasolina inapal y una mezcla que hay que preparar en el momento, es un arma muy particular, porque no es como un fusil, el fusil está en un estante allá y usted va lo toma, lo carga y dispara, en el caso del lanzallamas no, ya que es una arma mucho más compleja, hay una serie de protocolos que se deben seguir para poder armarla y ponerla operativa, de manera que –dice el general Buzón– si lo que la periodista fulana dice es cierto, sería terrible porque implicaría premeditación, concluye el general.

Este general fue acusado por haber injuriado o vilipendiado a la Armada Nacional y fue condenado a cinco años y seis meses de prisión, de los cuales cumplió ya casi cuatro años; cuando nosotros llevamos este caso ante la comisión y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una de las cosas que señalamos allí, en primer lugar, es que la persona que lo

acusó fue el Ministro de la Defensa, que en ese momento era un General de División, Comandante en Jefe de la Armada Nacional, oficial de más alta graduación y además la autoridad política; esta persona lo acusa, y envía todos los recaudos al Fiscal Militar y finalmente este general es condenado por la Corte Marcial.

¿Podía haber allí independencia del tribunal? en una situación como esa, cuando la persona que acusa es el militar de más alta graduación, fíjense, uno de los incidentes que se presentan allí. Al plantear el caso ante la instancia internacional, llevamos como testigos entre otros a los abogados que representaron al general Buzón ante el proceso interno en Venezuela y ellos relatan cómo en algún momento el Estado había promovido como testigo al Comandante en Jefe de la Armada Nacional.

El presidente del Tribunal, en ese momento, era un capitán de fragata y entra el Comandante en Jefe de la Armada y yo le preguntaba al abogado, en presencia de toda la Corte Interamericana: relátenos cómo fue ese momento, el dice: bueno mire, fue muy conflictivo, raro, porque primero se levanta el Tribunal Militar, saluda militarmente y le ordena a todo el público que se levante, todos los militares se levantaron y nosotros como no éramos militares dijimos que nos quedábamos sentados, nos regañaron y amonestaron, pero nos quedamos sentados, luego le pregunto: ¿Cómo iba vestido el Comandante en Jefe de la Armada Nacional?, me responde: iba vestido con el uniforme de gala, con todas sus condecoraciones y el bastón de mando.

Posteriormente, con el correr de otros testigos, evidencias y documentos, se demuestra que el testigo ha

En primer lugar, porque la justicia tiene que ser igual para todos, no puede haber una justicia especial para una y otra para otra, entonces, si se cometió un determinado delito nos da lo mismo que lo haya cometido un civil o un militar, si no se trata de un delito propio de la función militar entonces que lo juzgue la justicia civil o la justicia ordinaria.

El derecho a la defensa, complementado por un conjunto de garantías, que no son solamente el derecho a defenderse, a comparecer en juicio, a ser llevado ante el tribunal, sino que también incluye el derecho a poder examinar la evidencia que existe en su contra.

mentido, la mentira se había producido en relación con el carácter operacional de los lanzallamas; el testigo había dicho que los lanzallamas no estaban operativos, por lo tanto, es absolutamente falso y totalmente imposible que allí en el Fuerte Mara se hubiera utilizado un lanzallamas y después se demostró, con documentos y declaraciones de otros testigos, incluyendo el oficial que estaba a cargo del Fuerte Mara, que los lanzallamas estaban todos operativos, allí estaba la mentira; y se levantan todos sus honorables abogados y dicen: miren, de acuerdo con el código y reglamento número tal, se procede a castigar al testigo por falso testimonio en el tribunal con una pena... Imagínense ustedes a un capitán de fragata, que tiene que aplicarle una sanción penal, prevista en la legislación penal. En ese momento se para el Comandante en Jefe de Armada Nacional y el capitán de fragata, presidente del tribunal, dice: mire, espere un momento, usted comprenderá que el Comandante en Jefe de la Armada Nacional no puede estar al tanto de lo que pasa en un Fuerte, de manera que no lo vamos a castigar, y no se castiga.

Pero lo que me interesa destacar es simplemente el tema de cómo allí desde luego sí hay algo que falla y cojea, y es precisamente la independencia del tribunal y eventualmente también la imparcialidad.

Otro elemento que se debe destacar tiene que ver con el derecho a la defensa, complementado por un conjunto de garantías, que no son solamente el derecho a defenderse, a comparecer en juicio, a ser llevado ante el tribunal, sino que también incluye el derecho a poder examinar la evidencia que existe en su contra, si es que usted es el acusado o va a presentar evidencias, si es usted el acusador y, por supuesto, no hay que olvidar que éste es un derecho que tiene vigencia no solamente en procesos penales sino también en procesos de

carácter civil, laboral, mercantil o de otro tipo; pero en la medida en que nos inquieta es el tema de la Corte Penal Internacional, quizá conviene situarlo en el tema de delitos de la determinación de un hecho delictivo; ahora, ese es desde luego un elemento central, como lo es también el hecho de poder contar con el tiempo y las facilidades necesarias para la defensa.

En el caso de Perú, hubo varios incidentes que allí se desarrollaron. En primer lugar ante jueces sin rostro, en donde obviamente no existía ninguna posibilidad de recusar al tribunal, porque no se sabía quién era el juez, en donde la firma del juez era un número y en donde era imposible decir, mire, este juez tenía una enemistad personal con el acusado por tales razones, o no estaba calificado para actuar como juez por algún motivo, era simplemente imposible poder hacerlo; además, en ese tipo de procedimientos realizados en Perú en la época de Fujimori, se daba el caso de procesos con decenas de presos con miles de folios, con expedientes altísimos, y se le confería a los acusados seis horas o 24 horas para consultar el expediente. Háganlo ustedes, consulten un expediente de dos mil o tres mil folios en un lapso de 24 horas, no lo pueden hacer, eso es simplemente imposible y no había forma de negar a una persona el derecho a la defensa.

Pero esto implica también otras garantías, que tienen que ver desde luego con la posibilidad de contar con un traductor o un intérprete en el caso de que la persona no hable el idioma de la Corte y sobre todo y, lo más importante, el derecho a contar con asistencia jurídica, dicho derecho en los estándares internacionales no está planteado en forma tan simple como se veía antes, es algo compleja porque incluye entre otras cosas el derecho a defenderse a sí mismo; por ejemplo, en los Estados Unidos suelen decir que el abogado que se defiende así mismo, entendiéndose por abogado al que quiera ser de abogado y se defiende así mismo, tiene a un tonto por cliente, sugiriendo que nunca es bueno que la persona que está siendo acusada por un delito se defiende a sí misma, es mejor que busque a un tercero, porque ve las cosas desde otra perspectiva y puede asumir la defensa con más objetividad y con menos apasionamiento.

Sin embargo, los estándares internacionales reconocen el derecho de la persona a defenderse a sí misma e históricamente hay muchos casos en los cuales la persona se ha defendido a sí misma, y a lo mejor desde el punto de vista político, cuando se trata de una defensa política si usted no se puede defender en términos jurídicos, a lo mejor, lo más apropiado resulte una defensa política como la que hizo en su oportunidad Fidel Castro, cuando fue juzgado durante la dictadura de Batista o como la defensa que hizo en su momento Milosevic ante la Corte Penal para la Antigua Yugoslavia, sin contar con un abogado; eso plantea dificultades tremendas de distinta naturaleza, en la medida en que eso requiere saber si la persona realmente está familiarizada con el derecho o no, porque si no conoce el derecho y usted lo deja que se defienda a sí mismo, hay una cosa muy simple, no se va a poder defender adecuadamente y usted no va a poder llegar a una decisión que sea justa y que sea correcta, pero ¿cómo hacerlo?, si al mismo tiempo él tiene el derecho a defenderse a sí mismo y por otra parte eso puede tener dificultades también en cuanto al proceso, ya que puede significar la obstrucción o la obstaculización del proceso; en todo caso, es un derecho y está allí y es uno de los derechos fundamentales, el derecho más importante como defenderse a sí mismo o de contar con un defensor.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

dicen que al contar con un defensor de su elección, y eso por supuesto que plantea determinadas dificultades si ese defensor de su elección es pagado por el Estado o no, porque desde luego cualquier persona acusada de un delito tiene derecho a escoger un defensor, pero el defensor también tiene derecho a escoger su cliente, de manera que hay dificultad; además, de lo que pasa si a la persona el defensor le dice: de acuerdo yo lo defiendo, pero mis honorarios son tantos, y esa persona no tiene plata, significa que no tener dinero excusa al Estado de garantizarle a esa persona un juicio regular, un juicio justo, obviamente no.

Pero veamos otros aspectos en relación con las condiciones que tiene que reunir el tribunal, las garantías de la defensa o todo lo que involucra el derecho a la defensa y, por otro lado, hay algunos principios importantes que orientan todo lo que se refiere por lo menos a un proceso en materia penal, con un principio básico que es el de la presunción de inocencia y el hecho de que toda persona acusada de un delito se presume que es inocente mientras no se pruebe que es culpable; es decir, el acusado no tiene que demostrar absolutamente nada, es la parte acusadora quien tiene que demostrar que es culpable, él puede limitarse a quedarse callado, otra cosa es que si es inocente con toda seguridad tendrá mucho interés en contribuir con la investigación para establecer los hechos como realmente fueron y para demostrar su verdad.

Ese principio está encadenado con otras cosas, está desde luego encadenado con la prohibición de la tortura y con los efectos que tiene la confesión obtenida mediante tortura, es decir ningún valor, cero valor; adicionalmente, eso está vinculado también con un derecho correlativo que es y que se le conoce como el que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

Adicionalmente, en materia probatoria y ahora pasando del tema de los principios a las reglas y pruebas, debemos destacar también el derecho que tiene la persona que comparece en el juicio de cualquier naturaleza a presentar evidencia y a constatar la que ya existe, el no hacerlo así simplemente es de nulidad absoluta todo lo actuado en ese proceso.



Slobodan Milosevic, durante su juicio en La Haya, donde se le acusaba de crímenes de guerra contra la humanidad y genocidio

Hay un caso notable que se desarrolló en Guatemala, el caso por el asesinato de Myrna Mack Chang, antropóloga activista de Derechos Humanos y quien fuera asesinada por miembros del Estado Mayor Presidencial de Guatemala, lo que no sé cómo se llamará aquí, en Venezuela se llama la Casa Militar, en Chile creo que también, y es aquella entidad que se encarga de la custodia de la seguridad del Presidente de la República; bueno, el del Estado Mayor Presidencial de Guatemala fue el que ordenó investigarla, seguirla, tomarle fotografías y finalmente es el Estado Mayor Presidencial el que ordena su asesinato; asesinada de 27 puñaladas, para que pareciera que era un crimen del hampa común y cuando llega la policía a investigar los hechos el jefe de la policía les dice a los investigadores: miren, eso no recojan pruebas, no recojan evidencias, ya habían recogido algunas pruebas, entre ellas por ejemplo restos en las uñas de Myrna Mack Chang, seguramente de algunos de los atacantes, y quedaron restos allí que podrían haber servido para identificar a los responsables, y cuando posteriormente se ordena que se traigan esos restos se dice: "no, mire, los botamos, porque no servían, porque eran muy pocos"; y se pregunta uno, por qué no recogieron más pruebas, y responden que porque estaba lloviendo, y se piden todos los partes meteorológicos y se comprueba que ese día no llovió en Guatemala y así por el estilo.

También se descubre, además, a un investigador policial que comienza a ser acusado y amenazado y que tuvo que salir del país e irse a vivir a los Estados Unidos, y cuando ya está viviendo allí dice: ahora puedo declarar y les cuenta a la familia y a los amigos de la víctima qué fue lo que pasó; afirmó que él hizo un primer informe en el que señala que es un crimen político cometido por el Estado Mayor Presidencial y que el responsable material del asesinato es el coronel Beteta. Bueno, se le pregunta, "¿eso no está en ninguna parte?", ¿por qué no se presentó a los tribunales?, él responde que el jefe de la policía dijo que eso era muy grave y que había ordenado que hiciéramos un segundo informe y que en este señalaríamos que el responsable del crimen obviamente era el hampa común y que no teníamos indicios de quién pudiera ser precisamente la persona responsable de esto, pero en todo caso era un crimen del hampa común.

Con esa información, ellos comienzan a indagar y de pronto resulta que al parecer el primer informe demuestra exactamente lo que había dicho este policía ahora asilado en los Estados Unidos, de cómo lo que había informado con todos esos elementos de evidencia se acusaba al Estado Mayor Presidencial de Guatemala. Bueno, quiero señalar con esto, que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional y también por obstruir la investigación al no presentar las pruebas o destruir las mismas.

Por ejemplo, otro caso es el de Genie Lacayo en contra de Nicaragua, un muchacho de 16 años que iba desde Managua a su casa en Masaya y al hacerlo adelanta un convoy militar en el que iba el general Humberto Ortega, aparentemente desde el convoy militar le dan la voz de 'alto', probablemente él no la escuchó, no lo sabemos, lo cierto es que él sigue adelante del convoy militar y se producen 36 disparos; la trayectoria de 33 de esos disparos es vertical de arriba hacia abajo, excepto tres que son prácticamente horizontales y que indican que alguien puso la rodilla en tierra para disparar en contra del muchacho, un niño de 16 años, hijo de un empresario farmacéutico, y por qué menciono el caso, en relación con el tema de la destrucción de evidencias; uno de los elementos probatorios que había allí era una camiseta que llevaba este muchacho puesta en el momento del asesinato y que fue destruida por la policía, es decir, que cuando el tribunal que investiga le dice envíenos la camiseta, la respuesta del Alto Mando Militar es que la quemamos porque estaba muy sucia y olía mal.

Luego, había un grupo de Jeeps que formaban parte de esa comitiva que se quiso investigar y cuando se le piden que manden los Jeeps de la caravana del comandante Humberto Ortega, la respuesta del estamento militar es: lo sentimos mucho, no se puede porque esos Jeeps ya fueron vendidos, porque estaban muy usados; qué quiero señalar con esto, que el Estado puede interferir con el debido proceso destruyendo la evidencia y esa constituye obviamente una violación al debido proceso.

Qué otra cosa puede ocurrir, o qué otro elemento clave hay en esta materia, y es el tema las garantías del procedimiento, hemos hablado del tribunal, de la defensa, de las pruebas y de algunos principios en general. Pero qué es lo que pasa en relación con el procedimiento, también

debe haber garantías en cuanto al procedimiento que tiene que ver con el debido proceso y que hacen que un proceso sea o no regular o adecuado, y ¿cuáles son esas garantías?, fundamentalmente dos: primero, que el proceso sea rápido, es decir, que haya celeridad procesal y, segundo, que sea público; tal vez, debamos agregar una tercera señalada por los estándares internacionales y es que la persona que ha sido condenada por un delito tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal de alzada. En relación con el primer punto, el tema de la celeridad procesal y el plazo razonable para que se desarrolle el procedimiento, creo que tal vez el elemento central es que en muchas oportunidades quizá también el Estado dilata interminablemente el procedimiento, procesos que se prolongan durante años y eso por distintas vías.

En el caso de Myrna Mack Chang, que se proveía de recursos de distinta naturaleza y también de negar pruebas, y prácticas de las mismas pruebas, o destruir evidencias, pero eso en la medida en que contribuya a la prolongación del proceso, contribuye a una obstaculización del mismo y una violación del debido proceso.

Lo que sí quiero señalar es que también pudiera ser obstaculizada por el Estado en el mismo caso alguna de las pruebas que se pidieron y no fueron aportadas por el

Ministerio de Defensa con el pretexto de que esos eran secretos de Estado.

Termino señalando dos cosas, y es el *non bis in idem* que se refiere al derecho que tiene toda persona a no ser juzgada más de una vez por los mismos hechos, y que está claramente establecido en los instrumentos internacionales y que plantea dificultades y dudas particularmente con el Estatuto de Roma, puesto que pudiera ser que la persona sea juzgada más de una vez por los mismo hechos; lo importante es que sea juzgada por los tribunales nacionales y que la Corte Penal Internacional considere que eso no es suficiente, porque ese proceso ha constituido una burla de la justicia, una forma de eludir la administración de justicia y que nuevamente sea juzgada esa misma persona, esta vez ante la instancia internacional, eso con relación al *non bis in idem*.

Finalmente, en relación con el derecho a la verdad es un tema interesante, porque tiene que ver con la obligación del Estado de investigar los hechos y establecer qué es lo que realmente sucedió, qué es lo que pasó, cómo ocurrieron y quién es el responsable de los mismos y cuál es la pena que se le va a aplicar.

Muchas gracias por su paciencia y estoy a disposición de ustedes para cualquier consulta. ✍



La criminalización de la tortura

como un crimen de guerra y de lesa humanidad en el ámbito de los Tribunales Ad hoc de la Corte Penal Internacional y su dimensión en los Derechos Humanos

✦ Doctora Elizabeth Santalla (IF)

Me siento muy halagada por poderme dirigir a una audiencia de tan alto nivel, como son las Fuerzas Militares de Colombia y el Alto Mando Militar; agradezco sinceramente la invitación cursada por los organizadores del encuentro académico.

El tema que abordaré es de los más álgidos de tocar en el Derecho Penal Internacional, como lo es la criminalización de la tortura, que involucra una serie de áreas convergentes entre los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, llevándonos a una reflexión más profunda en relación con la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal individual; es decir, hasta qué punto estos sistemas de responsabilidad del Derecho Internacional pueden diferenciarse de manera contundente o hasta dónde tienen relación.

En principio, presentaré el marco teórico del concepto de tortura y explicaré el origen del mismo, ya que se manejan varias versiones frente al tema, y estableceré de dónde surgen tantos conceptos en el Derecho Internacional, debido a que en realidad no surgen del derecho convencional con carácter de fuerza vinculante, sino que surgen del llamado Soft Law, que es un derecho que no tiene un carácter vinculante u obligatorio.

Inicialmente, tenemos dos antecedentes: el primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, que ya establecía esta prohibición en cuanto a los términos que manejamos actualmente, refiriéndonos a tortura, como aquellos tratos crueles o penas inhumanas degradantes; segundo, la Declaración de 1975, que sigue esa misma ruta en cuanto a la distinción entre tortura y los otros tratos.

Voy a referirme a los otros tratos en sentido genérico, para hablar de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que en el Soft Law se acuñan dichas prohibiciones, y que luego van a ser recogidas en el derecho convencional con carácter obligatorio o con fuerza vinculante. Sin duda, la piedra angular cuando hablamos de prohibición de la tortura es la Convención de 1984 de Naciones Unidas contra la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La convención señala que tortura es todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión castigada por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras por cualquier razón, basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas e instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia.

No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas. Ampliando el término de sanciones legítimas, la convención esencialmente fue enfocada desde el punto de vista de las penas privativas de libertad, en el sentido de que una persona no puede alegar que padece un sufrimiento grave o dolor como consecuencia de una pena que sea legítima a una imposición o una privación autorizada. En la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura del 85, que ampliaremos más adelante, se hizo una precisión más dirigida al ámbito de



Tortura es todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión castigada por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

las penas privativas de la libertad, pero no solamente la privación de libertad, sino cualquier pena en general o sanción.

Desde luego, hay que distinguir lo que es simplemente consecuencia de la imposición de una sanción legítima o lo que puede considerarse también como una violación de Derechos Humanos en el ámbito de la privación de libertad, en donde el Sistema Interamericano ha sido bastante amplio en cuanto a varios casos y privaciones de violaciones a la integridad moral y psíquica en situaciones de cumplimiento de penas privativas de libertad.

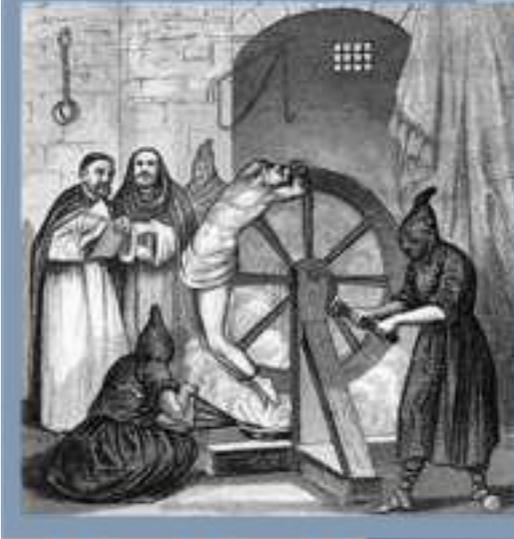
De la definición de la Convención sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1984, ha surgido una amplia relación respecto a la tipificación en el nivel interno. Los ordenamientos penales en distintos países, especialmente del continente, han adoptado esta definición en el ámbito penal, y aquí hay que tener en cuenta que cuando hablamos de la Convención del 84 hablamos del ámbito de Derechos Humanos, debido a que ésta en principio no surge desde la perspectiva de tipo penal. Entonces, ¿cuáles son esos elementos que en principio podemos rescatar?

En primer lugar, podemos referirnos al elemento del sujeto activo, y traduciendo esto en materia penal de la tortura en el marco de la Convención del 84, hablamos de funcionarios públicos, exclusivamente. La convención habla de tortura en el ámbito de funcionarios públicos o personas en el ejercicio de funciones públicas y esto responde a la concepción tradicional de los Derechos Humanos, que estos solamente pueden ser garantizados y únicamente pueden ser violados por los Estados, no por agentes no estatales. Una visión que

tiene su arraigo en la concepción tradicional de que sólo los Estados o principalmente los Estados son sujetos del Derecho Internacional Público, a la par de los organismos internacionales, pero una idea tradicional en la que no se aceptaba al individuo como un sujeto del Derecho Internacional Público también, no solamente privado.

En segundo lugar está el elemento de la finalidad, si vemos en la Convención del 84, la comisión de tortura es cuando existe un fin o propósito y en esto nos referimos a la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido; la intimidación o una razón que implique discriminación de cualquier tipo, es decir, bajo esta convención hay tortura cuando hablamos de la comisión del acto con relación a uno de estos.





En la Edad Media, donde en los sistemas de derecho inquisitivo era una práctica autorizada por el derecho; los fiscales en la Edad Media adoptaban estas prácticas en muchos casos legitimadas por la propia legislación para obtener la prueba en los procesos para conseguir condenas, este es un cambio importante en la convención, la posibilidad de aceptar cualquier fin o propósito.

Este es un contexto en el que surge la primera conceptualización de tortura en el derecho convencional; vamos ahora a la convención que nace un año después, la Convención Interamericana, para prevenir y sancionar la tortura; ésta cambia varios elementos de los que hacíamos referencia del ámbito de la Convención del 84; por ejemplo, la gravedad del daño, la posibilidad de que cualquier fin o propósito sea admitido no solamente en el caso de, digamos, la intimidación y la coacción en la obtención de pruebas.

Este es un avance importante, porque ¿de dónde surge esa idea recogida en la Convención del 84 de que tortura es aquella práctica que tiene como propósito forzar la confesión y la obtención de pruebas? esencialmente en la Edad Media, donde en los sistemas de derecho inquisitivo era una práctica autorizada por el derecho; los fiscales en la Edad Media adoptaban estas prácticas en muchos casos legitimadas por la propia legislación para obtener la prueba en los procesos para conseguir condenas, este es un cambio importante en la convención, la posibilidad de aceptar cualquier fin o propósito.

Por otro lado, la Convención del 85 incorpora los métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen un dolor físico o una angustia psíquica. Estos desde mi punto de vista son de los aportes más importantes de esta convención, y acá surge un importante salto de lo que habían sido los antecedentes en la Edad Media, es decir, de la aplicación de tortura para conseguir una prueba, o una condena a

cualquier práctica que tienda a anular la personalidad de la víctima. Esto se conoce como tortura sutil o encubierta, es decir, prácticas quizás más comúnmente abordadas que los casos de tortura tradicional del ámbito de la Convención del 84.

Por otro lado, el sujeto activo en la Convención de 1985 acepta que cualquier persona que actúe en relación o por instigación de un funcionario público, pueda ser responsable por tortura, no solamente el agente estatal y la inexistencia de órdenes superiores, que desde luego es un elemento que cobra una influencia directa del Derecho Penal Internacional; básicamente, son estos los cambios que se introducen en 1985 con la Convención Interamericana. Desde luego, muy importantes respecto a la conceptualización de la tortura en un marco de mayor amplitud con respecto a la de 1984. En este caso, hablaríamos de una Convención Interamericana a diferencia de la Convención del 84, una convención con carácter universal.

Como ven, la posibilidad de hablar del Derecho Consuetudinario en relación con la definición del 84 o del 85 es muy débil, es decir, hablamos simplemente de un año entre una y otra convención y de cambios importantes que se introducen en el marco de la conceptualización de tortura.

¿Qué pasa en el caso del Derecho Internacional Humanitario? La tortura está también prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional Uno y en el ámbito del conflicto armado no internacional el Artículo 3

común. Estos convenios y protocolos adicionales son anteriores a las convenciones que hemos hecho referencia en la década de los 80, es decir, la tortura queda inicialmente prohibida no en el ámbito de los Derechos Humanos sino más bien en el ámbito del Derecho Humanitario.

Para contextualizar, el Artículo 3 común, en su inciso A, dice que están prohibidos, en relación con las personas que están protegidas por el Artículo 3 común, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, pero ahí se queda el Artículo 3 común y se quedan también los 4 Convenios de Ginebra y el Artículo 75 del Protocolo Uno; es decir, no se establece una definición de lo que está específicamente prohibido.

Está prohibida la tortura, están prohibidos los tratos crueles, inhumanos, degradantes, pero ¿cuál es el contenido de estos conceptos o de estas prohibiciones? No se establecen en el Derecho Humanitario Convencional prohibiciones específicas en este sentido y por eso es que el desarrollo viene a partir de los Derechos Humanos. Estamos hablando de áreas distintas, pero intrínsecamente relacionadas, no obstante, la prohibición surge inicialmente en el Derecho Humanitario, la conceptualización viene después paulatinamente en el ámbito de los Derechos Humanos.

Esto me lleva a ver el proceso de criminalización en el ámbito de los Tribunales Ad hoc, es decir, tenemos la prohibición acuñada a nivel convencional en los ámbitos del Derecho Humanitario y los Derechos Humanos. ¿Cómo se traduce al ámbito penal? En el ámbito del Derecho Penal Contemporáneo, que básicamente empieza con los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en la década de los 90, (el Tribunal para Yugoslavia en el año 93 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994), tanto el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia como el Estatuto para Ruanda incorporan la tortura en el ámbito del conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional y en los crímenes de lesa humanidad.

En el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, la tortura o el trato inhumano son recogidos como infracciones graves en su Artículo 2 B, incluyendo los experimentos biológicos; esta formulación les debe ser muy conocida, porque es tomada de los Convenios de Ginebra en la tortura o trato inhumano; es decir, que tortura es sinónimo de trato inhumano en el ámbito de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Estos adoptan también la tortura como crimen de lesa humanidad y otros actos, refiriéndonos a estos como tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, recogidos como una cláusula residual en el Estatuto de la Antigua Yugoslavia.

El Estatuto tampoco establece definiciones de estos conceptos y lo propio pasa con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, donde se adopta básicamente la misma formulación en cuanto a tortura y otros tratos como crímenes de lesa humanidad; sin embargo, existe una diferencia importante en el ámbito de la tortura como crimen de guerra, ya que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece específicamente su ámbito de aplicación en relación con el conflicto armado no internacional, es decir, a diferencia de lo que ocurría en el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda establece su competencia calificando al conflicto armado suscitado en Ruanda como un conflicto armado de carácter no internacional, entonces, la tortura es criminalizada siguiendo la formulación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero con una formulación sui géneris.

El Estatuto dice en el Artículo 3 C: atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor. En el Estatuto de manera convencional se establece que las violaciones, las prácticas de prostitución son violaciones a los Derechos Humanos, que desde el punto de vista del Derecho Penal alcancen el umbral de la tortura, esa es la manera en que los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc recogen la prohibición de la tortura y desde luego sin establecer definiciones.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales no establecieron definiciones de los crímenes, como en el presente podemos encontrar, por ejemplo en el caso del Estatuto de Roma, sino que establecieron prohibiciones y criminalizaron estas mismas, a efectos de la jurisdicción de los tribunales, es decir, tanto en el Tribunal para la antigua Yugoslavia como en el Tribunal para Ruanda no encontramos definiciones de los elementos constitutivos de estos crímenes, sino que encontramos el listado de ofensas a efectos de la jurisdicción de los tribunales.

Cuando nos expresamos en materia penal de un crimen, nos referimos a los elementos constitutivos, elementos objetivos y subjetivos que hacen a una conducta penal; esto no existió en los Tribunales Ad hoc, es decir, no se va a encontrar ninguna descripción de los elementos constitutivos de tipo penal en los Estatutos de Yugoslavia o Ruanda. En el caso del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, es distinto el desarrollo y por ello es importante ver la jurisprudencia.

En el caso Akayesu, primer caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que alcanzó la imputación de genocidio a la par de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este caso se involucraba a un acusado de carácter civil, no militar, un alcalde o un prefecto, se imputa el crimen de tortura en Akayesu a la par del genocidio y el Tribunal adopta la definición de tortura de la Convención de 1984 de la ONU, porque el Tribunal tenía que ser por primera vez confrontado con la necesidad de desarrollar los elementos constitutivos de la tortura, y dice la Convención del 84 que es reflejo de la costumbre internacional y por tanto esto implica que el *Actus Reus* esté relacionado con los elementos de un sujeto activo calificado, un elemento de finalidad también especificado en la Convención de 1984.

Mas tarde, en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el caso Celebici, que es una sentencia que sale dos o tres meses después del caso Akayesu, dice: la Convención del 84 de la ONU es reflejo de la costumbre internacional pero en el ámbito de los Derechos Humanos solamente, no en el ámbito del



Jean-Paul Akayesu fue declarado culpable de genocidio y crímenes contra la humanidad por participar y supervisar estos actos mientras se desempeñaba como alcalde de la ciudad ruandesa de Taba

Derecho Internacional Humanitario. ¿Por qué es esto importante? Por los elementos a los que hacíamos referencia inicialmente, es decir, el sujeto activo calificado que establece la Convención de la tortura del 84, refiriéndonos solamente a sujetos estatales o vinculados con el Estado.

Con respecto al Derecho Internacional Humanitario, en los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, aceptan de manera directa en 1949 la posibilidad de actores no estatales; desde ese punto de vista, en Celebici el Tribunal se ve confrontado con esta postura que había asumido el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cuanto a que la tortura pueda ser solamente cometida por agentes estatales y entonces dice el Tribunal: no podemos aceptar que esto sea costumbre internacional en el ámbito del Derecho Humanitario, porque desde luego la imputación de casos como Celebici, que no involucraban el principal acusado, que no era un agente estatal, de manera que casos de esta naturaleza quedarían en la impunidad; es decir, si se trata de perseguir un caso de tortura contra un agente no estatal aceptando el carácter consuetudinario de la definición del 84, habría un problema de impunidad, entonces el tribunal dice: *“no hay derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho Humanitario en relación con los elementos que establece la Convención de 1984.”*

Me parece importante resaltar el párrafo de la sentencia que señala: “En el contexto del Derecho Humanitario, este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluirse actores armados no estatales partes de un conflicto de modo que la prohibición de tortura mantenga su relevancia en situaciones de conflicto armado no internacional o en conflictos armados internacionales que involucren la participación de actores no estatales”; de manera que la desvinculación de la definición del 84 en el ámbito del Derecho Humanitario es claramente relevante.

Sin embargo más adelante, en la década del 2000, van a surgir nuevas interpretaciones en relación con el carácter consuetudinario de la definición y en el caso Kunarac, en el 2001, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia dice que el carácter consuetudinario de la definición sólo puede admitirse en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, porque al hablar de la Convención del 84 estamos en el terreno de los Derechos Humanos, no en el terreno del Derecho Penal Internacional. Entonces, el Tribunal señala: no podemos admitir que exista carácter consuetudinario de la definición en relación con la responsabilidad penal individual.

Esta postura también adoptada en los casos que siguen a Kunarac, como lo son: Jokić, Krnojelac, Simić y Banović, principales casos que en los primeros años de la década del 2000 siguen esta tendencia de desvincularse de la definición del 84, no sólo en el sentido de Celebici, que como veíamos mantenía la definición en el ámbito de los Derechos Humanos, sino el tribunal dice: la definición no es válida en el ámbito de la responsabilidad penal individual.

Ahora, ¿qué finalidad tiene esto o qué consecuencias? Desde luego, el poder desvincularse de los elementos constitutivos del sujeto activo calificado de los propósitos que establece la Convención de 1984, no sólo en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario; de los crímenes de guerra, sino también en el ámbito de los Derechos Humanos de

los crímenes de lesa humanidad, y en ese sentido es que si bien hay bastante divergencia en cuanto a la jurisprudencia, ya a partir de Kunarac y los siguientes casos, la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esencialmente, es innecesario mostrar un daño físico, porque hablamos de tortura psicológica y de tortura moral.

La comisión de tortura, que también puede ser por omisión, tiene una gran relevancia en relación con la responsabilidad jerárquica. Varios casos han sido juzgados desde ese punto de vista en los Tribunales Ad hoc, como la gravedad en cuanto a los dolores o sufrimientos físicos o mentales; el elemento de la gravedad ha sido una constante en la jurisprudencia para distinguir la tortura de otros tratos y el caso de la violación que, como veíamos en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y Yugoslavia, ha sido una importante connotación de tortura.

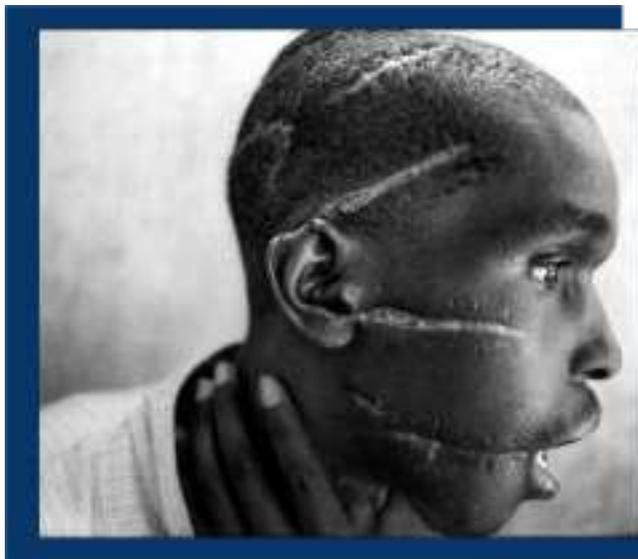
Algunos actos que alcanzan este estándar de gravedad de la tortura son los casos de Kunarac y Banović, en la década del 2000. Son casos que desarrollan de manera más clara esta jurisprudencia en cuanto a violación, es decir, tortura por violación, que fue una práctica sistemática en los casos tanto de Yugoslavia como de Ruanda; la guerra se hacía no solamente a través de armas convencionales sino que una de las principales armas eran los crímenes de violencia sexual y eso por ejemplo en el caso Akayesu u otros es bastante interesante, ya que son casos de violación como táctica de guerra, que no solamente ofende a la víctima directa de violación sino que constituye un amedrentamiento, un trato humillante, degradante, a la población de la cual es miembro

En el ámbito de los Derechos Humanos de los crímenes de lesa humanidad, y en ese sentido es que si bien hay bastante divergencia en cuanto a la jurisprudencia, ya a partir de Kunarac y los siguientes casos, la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esencialmente, es innecesario mostrar un daño físico, porque hablamos de tortura psicológica y de tortura moral.

la víctima y esa gravedad ha sido calificada como tortura por los Tribunales.

Volviendo al elemento del sujeto activo, que es uno de los elementos más importantes de discusión cuando hablamos de la criminalización de la tortura, ya en Celebici se acepta la posibilidad de actores no estatales, en donde se señala que el carácter consuetudinario de la definición no es aplicable para el DIH de la definición de la Convención del 84.

Más adelante, en el caso Furundzija se tratan de manera particular los crímenes de violencia sexual y aquí se va a dar una interpretación bastante controversial, porque dice que es necesaria la comisión por parte de un funcionario público o al menos la participación en capacidad no privada; es decir, Furundzija dice que estamos yendo demasiado lejos con la aceptación de actores no esta-



tales y aquí hay que poner un freno a esto y habla de esta capacidad no privada.

Luego en Kunarac, en los años 2000, 2001 y 2002, se dice que es innecesaria esta existencia de agentes únicamente estatales en el Derecho Internacional Humanitario y la discusión viene nuevamente en Krnojelac, en donde se dice que tanto en crímenes de guerra como en crímenes de lesa humanidad es innecesario hablar de agentes estatales, es decir, se tiene que aceptar la posibilidad de comisión de tortura por agentes estatales o no estatales.

Sin embargo, la discusión en el ámbito de la jurisprudencia de los tribunales, tomando esencialmente el caso del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, ha sido bastante complicado, debido a que es un proceso en que la determinación de los contornos, que es costumbre internacional, en cuanto a la definición de tortura para efectos de la penalización de la responsabilidad penal individual, no ha sido un puente directo sino que ha seguido todo un proceso por una serie de razones.

Muchos de ustedes dirán: cómo podemos hablar de tortura solamente desde el punto de vista de agentes estatales, pues tortura la puede cometer cualquier persona y de hecho la comete; no ha sido una discusión sencilla, es todo un proceso que hasta ahora sigue en discusión y, precisamente, la apreciación de los otros tratos, es decir, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, es otro aspecto importante de esta discusión; ya en el caso al que me refería en Krnojelac se dice que la

Si vemos la definición de los Convenios de Ginebra, hay un trato similar, es decir, en el Artículo 3 común se refiere a las infracciones graves en el ámbito del conflicto armado internacional, hablan de tortura o trato inhumano y aquí el Tribunal indica: tortura es una situación más grave que un trato inhumano o cruel.

tortura es una forma de maltrato agravado, es decir, hay una gravedad intrínseca asociada al concepto de tortura que no es tan grave como los otros tratos o penas crueles e inhumanas o degradantes.

Si vemos la definición de los Convenios de Ginebra, hay un trato similar, es decir, en el Artículo 3 común se refiere a las infracciones graves en el ámbito del conflicto armado internacional, hablan de tortura o trato inhumano y aquí el Tribunal indica: tortura es una situación más grave que un trato inhumano o cruel.

En Martić, que es uno de los casos más recientes, se dice: dolor o sufrimiento en el crimen de trato cruel, no requiere el mismo nivel de intensidad que en el caso de la tortura, y queda la inquietud de cómo distinguimos tortura de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a través del elemento de la gravedad, qué es lo grave para ser tortura o para ser trato cruel o inhumano. Sin embargo, en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia se opta por caracterizar la tortura, desde el punto de vista del crimen de guerra del Derecho Humanitario a través de esta finalidad.

Sin embargo, en la jurisprudencia hay un desarrollo muy importante que desde Akayesu hasta Krnojelac y Martić se ha llevado adelante con un desarrollo progresivo muy importante que vale destacar; la discusión no está acabada, todo lo contrario, en el ámbito del Estatuto de Roma vamos a ver que justamente esta discusión vuelve a la luz y cobra nuevos matices. Se sabe que la tortura y los otros tratos están recogidos en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad en el Artículo 7 y un crimen de guerra en el Artículo 8, y en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el Artículo 7.2 C se señala que la tortura es un crimen de lesa humanidad.

Los elementos de los crímenes establecen las siguientes características, que vale resaltar: por un lado, la eliminación de los fines o propósitos que establecía la Convención de 1984, y por otro, la eliminación de la relación con el agente estatal, pero establece este elemento de custodia, control de la víctima; es decir, que la persona responsable por tortura ejerza cierta custodia o control sobre la víctima, que no es un elemento que pudiera verse en el caso de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia, sino que es un elemento que surge en el ámbito de la Corte Penal Internacional del Estatuto de Roma de manera sui generis.

La forma como se tipifica la tortura como un crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado internacional y del conflicto armado no internacional es también distinto, ya que se elimina la existencia de un sujeto activo propio, es decir, no es necesario que sea un agente estatal el que cometa tortura, como crimen de

Podemos decir que tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra no son lo mismo. La situación es mucho más compleja en relación con los otros tratos, refiriéndonos a estos como penas crueles, inhumanas o degradantes, no son lo mismo en el ámbito del conflicto armado internacional que en el conflicto armado no internacional.

guerra, pero se mantienen los fines o propósitos de la Convención contra la tortura, como un crimen de guerra y se mantiene el elemento de la gravedad.

Entonces, como ustedes verán, hay un cuadro bastante complejo en cuanto a la tipificación de la tortura en el ámbito del Estatuto de Roma y de la Corte Penal Internacional, porque tortura no es lo mismo como crimen de lesa humanidad que como crimen de guerra; los elementos son distintos, pero no están dados por el Estatuto de Roma sino por los elementos de los crímenes.

¿Qué lógica puede tener que en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, se establezca el elemento de control y no en los crímenes de guerra? Probablemente hay una presunción de que tortura en el ámbito de una situación de ocupación o una situación de conflicto armado internacional, donde ya se tiene a la persona detenida o capturada o en el ámbito del conflicto armado no internacional cuando existe un control directo de la víctima, aparentemente habría esta presunción de que en el caso de los crímenes de guerra del conflicto armado esta situación es recurrente y no así en los crímenes de lesa humanidad, donde habría que demostrar la custodia o control de la víctima. Pero esto es una interpretación, poco sustentada jurídicamente.

Por otro lado, qué sentido tiene aceptar que la tortura como crimen de lesa humanidad no requiera determinados fines, es decir, no necesite que el acto de tortura se cometa con la finalidad de obtener una confesión, una prueba o de coaccionar o instigar, pero sí como un

crimen de guerra, tendríamos que recurrir a la prohibición de la tortura, cuando hablamos de un acto de intimidación, de coacción o cuando se requieran obtener pruebas a través del acto de tortura.

Entonces, podemos decir que tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra no son lo mismo. La situación es mucho más compleja en relación con los otros tratos, refiriéndonos a estos como penas crueles, inhumanas o degradantes, no son lo mismo en el ámbito del conflicto armado internacional que en el conflicto armado no internacional.

En el conflicto armado internacional, se refiere a los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, siguiendo la denominación de las infracciones graves en los Convenios de Ginebra; en el conflicto armado no internacional se habla de trato cruel, además, de los atentados contra la vida e integridad personal, siguiendo la formulación del Artículo 3 común.

En relación con los elementos de los crímenes, tanto en tortura como en los otros tratos, los dolores o sufrimientos deben ser graves, físicos o mentales, es decir, el elemento de la gravedad es común tanto en tortura como en los otros tratos. Sin embargo ¿cuál es ese elemento diferenciador? viene a darse solamente por el elemento de la finalidad o el propósito de la conducta. Es decir, si existen finalidades específicas hablamos de tortura, si existe un acto que cause un grave sufrimiento sea físico o mental, pero que no esté asociado a un fin específico, hablamos de otros tratos, en el ámbito de los crímenes de guerra.

La criminalización de la tortura en el ámbito del Estatuto de Roma es por demás compleja, y desde luego, en el

En relación con los elementos de los crímenes, tanto en tortura como en los otros tratos, los dolores o sufrimientos deben ser graves, físicos o mentales, es decir, el elemento de la gravedad es común tanto en tortura como en los otros tratos.

mismo se responde a un proceso de negociación, ya que cuando se adopta el Estatuto en 1998 no se piensa únicamente en un proceso técnico sino, todo lo contrario, uno en gran parte político o de concesiones políticas. Mucho de esto tiene que ver con la manera como se adopta la criminalización de la tortura y con los otros tratos penalmente prohibidos en el ámbito de los crímenes de guerra y lesa humanidad y, aún más, la diferencia entre el conflicto armado internacional y no internacional. Esto se puede ver más claramente con los primeros casos que se están suscitando ante la Corte Penal Internacional, de hecho, hay tres casos que están en proceso ante la CPI.

El primero es el de Tomas Lubangadylo, caso que corresponde a la situación de la República Democrática del Congo; el de Katanga, que es otro que corresponde a la situación de ese país, y el caso Bemba, que corresponde a la República Central Africana.

La Corte Penal Internacional en principio no conoce casos, sino situaciones, y qué significa el término situación, aunque no esté definida en el Estatuto de Roma es un contexto que tiene una característica temporal y espacial determinada, en la que parece haberse cometido conductas que constituyen crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Algunos casos concretos en los que se individualiza dentro de esta situación, por ejemplo el de Milosevic, correspondiente a la situación de la Antigua Yugoslavia o el de Akayesu, correspondiente a la situación en Ruanda; de manera que en principio la Corte no ejerce competencia en relación directa con casos sino con situaciones. ¿Cómo llega una situación ante la Corte Penal Internacional? Porque los Estados parte la remiten, porque el Consejo de Seguridad envía esa situación o porque el Fiscal de la Corte Penal Internacional decide investigar por iniciativa propia.

Este primer procedimiento no está referido a casos, está referido a situaciones. Una vez que la situación se declara admisible y bajo la jurisdicción de la Corte, bajo los criterios de competencia material,



A Germain Katanga (foto) y Matthieu Ngudjolo Chui se los acusa de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente perpetrados en el poblado de Bogoro, distrito de Ituri, en la República del Congo Oriental de enero a marzo de 2003

personal y temporal, después de llevar adelante la investigación, la Fiscalía va a imputar crímenes a personas en particular; de manera que cuando ya existe una imputación, (cargos efectuados a una persona en particular y una orden de arresto), hablamos de casos en particular.

Lo que está ocurriendo con la Corte Penal Internacional es que han llegado situaciones remitidas por Estados parte, como la situación del Congo y de la República Central Africana, de Uganda, que también es Estado parte, y un Estado no parte de la Corte, que es Sudán, el cual ha sido remitido a través del Consejo de Seguridad.

En estas situaciones, ya hay tres casos que actualmente cuentan con una confirmación de los cargos y han iniciado el juicio ante la Corte Penal Internacional; esto está ocurriendo con el caso de Lubanga, de Katanga y de Bemba. Los dos primeros, con Lubanga y Katanga, corresponden a la situación del Congo y Bemba corresponde a la situación de la República Central Africana, esto es básicamente en el contexto, procesalmente hablando, de dónde estamos situados ante la Corte Penal Internacional.

Refiriéndome a los dos casos de Katanga y Bemba, que involucran la imputación por tortura, al tiempo de la confirmación de los cargos. En el caso Katanga, correspondiente a la República Democrática del Congo, se ha imputado el homicidio, la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, el pillaje, la violación

como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. En esta decisión, el 30 de septiembre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares Uno, que está a cargo de la situación del Congo, confirmó los cargos en Katanga y aquí hay una interpretación interesante para el tema objeto de esta conferencia de la tortura que en realidad se refiere al Artículo 7.1 K, los otros actos inhumanos de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental. Es lo que establece la cláusula residual del Artículo 7.

El caso de Katanga, en el ámbito de la tortura como un crimen de lesa humanidad, que se imputaba a éste como parte de la situación del Congo, la decisión de confirmación de los cargos del año 2008 señala: los otros actos inhumanos imputados a Katanga tendrían que ser reconocidos bajo el artículo 7.1 K, es decir de otros actos inhumanos de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física y la salud mental. Estos actos inhumanos a los que hace referencia la sentencia de Katanga, es decir, la decisión de confirmación de los cargos, se asocia a la imputación del Fiscal de otros actos inhumanos distintos a los casos de tortura, y esta cláusula residual del Artículo 7.1 K ha sido polémica en la discusión de los crímenes de lesa humanidad.

El principio de legalidad, que fue objetado desde las discusiones de implementación porque decían, bueno, nosotros en los sistemas nacionales entendemos por principio de legalidad una conducta, la ley cierta previa asociados al principio de legalidad y una cláusula de este tipo es desde luego muy vaga, muy abierta e incompatible con el principio de legalidad a nivel del Derecho Penal Nacional, como normalmente lo conocemos.

En el caso Katanga se ha puesto por primera vez en discusión el alcance de la cláusula residual y la Sala de Cuestiones Preliminares dice: por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al Derecho Internacional Consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos derivados de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7.1.

Por otro lado, actos que tengan naturaleza y gravedad similar a los mencionados en el Artículo 7 implica una situación de analogía, que está normalmente prohibida por el Derecho Penal Nacional; entonces, este primer caso pone en cuestionamiento el alcance, el contenido de la cláusula residual del Artículo 7.1 y lo que hace en la Sala es desestimar el cargo, porque dice: la evidencia no apunta a determinar la intención de causar sufrimientos o daños graves, sino un intento no consumado de homicidio de la población civil, es decir, la Sala prácticamente lo que dice es: la cláusula residual del Artículo 7.1 K viene a ser ese complemento de la tortura, es decir, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que no han sido específicamente recogidos en el Artículo 7.

Desde ese punto de vista, se señala que estos otros actos inhumanos son distintos a las otras conductas, al homicidio, a la misma tortura, a la violación, etc. Por eso, dice como en el caso de Katanga no se ha demostrado que hubiera existido una intención de causar graves sufrimientos físicos o mentales sino que ha habido un intento fallido de homicidio a la población civil, dice que el cargo es desestimado en relación con otros actos inhumanos.

Esta es una primera interpretación que viene a dar ciertas luces de la distinción entre tortura, tratos, penas crueles e inhumanas o degradantes, en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, pero que lamentablemente en el proceso contra Katanga no va a ser objeto de discusión porque el cargo ha sido desestimado.

Otro caso al que quiero referirme es el de Bemba, de la República Central Africana, que es elocuente en relación con la distinción de la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; el caso Bemba es bastante particular porque involucra un conflicto armado de carácter no internacional desarrollado en ese país entre los años 2000 y 2003, con la intervención de milicias de Estados adyacentes coordinados por la oposición política al gobierno en esa época; es decir, un conflicto armado no internacional que involucra tropas, grupos armados no estatales de otros Estados.

En el caso se imputa la tortura como crimen de lesa humanidad y de guerra al acusado. En la tortura como

crimen de lesa humanidad, la Sala de Cuestiones Preliminares dice: la tortura como crimen de lesa humanidad involucra el causar daños o sufrimientos físicos o mentales graves, a través de actos de violencia u otras formas de violencia sexual a civiles mujeres y niños.

Es decir, retoma el elemento de la gravedad para catalogar lo que es tortura y dice: puede considerarse también la aquiescencia de la comisión de tortura, por violación sexual, no solamente en el sentido de violación a mujeres y niños sino también de hombres, de la población civil. El cargo no es confirmado, porque dice la Sala de Cuestiones Preliminares que se está imputando a la vez tortura, como crimen de lesa humanidad y de guerra, por tanto, ya no es necesaria la imputación de violación, porque son los mismos hechos constitutivos, tanto de tortura como de violación, alegados por el fiscal; lo cual lleva a desestimar el cargo de tortura al no existir nuevos elementos que ameriten la consideración de tortura, distinta a la violación, de manera que la Sala de Cuestiones Preliminares dice: vamos a abandonar esa práctica de acumular cargos cuando los hechos son los mismos, vamos a calificar los hechos con la figura más clara, que en este caso es la violación, no la tortura, y esto tiene que ver con la discusión que hacía referencia anteriormente en cuanto a hechos que puedan ser catalogados a través de distintas figuras penales.

La Sala de Cuestiones Preliminares dice: la tortura como crimen de lesa humanidad involucra el causar daños o sufrimientos físicos o mentales graves, a través de actos de violencia u otras formas de violencia sexual a civiles mujeres y niños.

Sin embargo, esto ha sido objeto de una gran controversia a nivel de las ONG de Derechos Humanos, hay un *Amicus Curiae* al que vamos a hacer referencia y que se ha presentado recientemente, el cual objetaba la desestimación del cargo de violación como tortura, y dice que

hay un amplio reconocimiento del Derecho Consuetudinario y Jurisprudencial de la comisión de violación a través de la tortura y que estos crímenes son diferentes, no obstante que los hechos puedan ser los mismos. De manera que hay un debate al presente importante, en cuanto hasta qué punto la discrecionalidad del fiscal puede llevarse adelante de manera que no encuentre una tensión con los derechos del acusado a defenderse; no existen reglas precisas en cuanto a qué cargo o qué número de cargos puede un fiscal imputar o qué cargos debería aceptar un juez, de manera que esto es una discusión que actualmente no ha terminado.

Finalmente, otras de las situaciones conflictivas en el caso Bemba es justamente la interpretación del crimen de tortura, como crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional; el Artículo 8.2, que recoge el crimen de tortura como crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional, y la Sala de Cuestiones Preliminares dicen: es la causa del dolor o sufrimiento graves físicos o mentales, a través de actos de violación u otras formas de violencia sexual a civiles, hombres, mujeres o niños. Pero ésta es la imputación que hace el fiscal en cuanto a la tortura como un crimen de guerra, es básicamente la misma imputación que se efectuaba anteriormente y el cargo no es confirmado, porque la Sala de Cuestiones Preliminares dice que falta evidencia del elemento de finalidad requerido por el crimen.

Es decir, recapitulando lo que veíamos anteriormente, el crimen de tortura como crimen de guerra requiere el elemento de la finalidad que establecía la Convención de 1984, que ha sido dejado de lado como decíamos en el ámbito de crimen de tortura como en el crimen de lesa humanidad, pero que se mantiene en el ámbito de los crímenes de guerra. Entonces, la Sala de Cuestiones Preliminares dice: no podemos confirmar el cargo porque la fiscalía no ha aportado las suficientes pruebas con relación a que la tortura hubiera sido cometida con la intención de forzar una confesión, de obtener pruebas, de intimidar, de coaccionar, etc.

Esto desde mi punto de vista, podría tomarse como un enfoque bastante problemático porque va a llevar a consolidarse, y es que la apelación se ha presentado ya por la fiscalía, pero si la apelación es corroborada va a llevar a consolidar una línea bastante diferenciada de conceptualización de la tortura como crimen de guerra y lesa humanidad y la coherencia del elemento de finalidad en un crimen de guerra, respecto a un crimen de lesa humanidad que no requiere esta finalidad. No obstante, que el elemento de finalidad no surgiera del Derecho Internacional Humanitario sino de los Derechos Humanos.✈



CURRICULUM

Elizabeth Santalla. De nacionalidad boliviana, licenciada en Derecho de la Universidad Católica Boliviana, Máster en Derecho Internacional y Comparado, con beca completa conferida por la Organización de Estados Americanos en la Universidad de San Francisco, Estados Unidos; Doctorado en curso de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden de los Países Bajos; Consultora jurídica de la oficina en Bolivia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y docente de Derecho Humanos y Derecho Internacional de las universidades Católica Boliviana, Andina Simón Bolívar y privada Boliviana.

Conducción de hostilidades

✦ Coronel Paulina Leguizamón (IF)



Quiero manifestar, ante todo, que para mí constituye un verdadero honor en mi condición de asesora jurídica y abogada militar, poder compartir este espacio académico tan importante con ustedes, que tienen el honor de llevar el título de combatientes, que como lo veremos este nombre sólo se ha dotado a los miembros de las Fuerzas Militares regulares de los Estados, toda vez que sobre ellos gravita la convicción de legitimidad y porque, como lo dijera uno de los grandes precursores del derecho de la guerra, el general Henry Ruford, “sólo los soldados entienden esas lágrimas y esas sangres cuestan las victorias en los campos de combate”.

Antes de iniciar mi conferencia, quiero echar un vistazo a un tema muy importante de cómo ha sido el afianzamiento del constitucionalismo colombiano y cómo nosotros los militares y nuestros insignes generales han sido verdaderos arquitectos de las bases civilistas de la República, y me parece muy importante adentrarnos en este tema para mirar en ese constitucionalismo cómo hemos venido construyendo la integración y la incorporación, no solamente al bloque de constitucionalidad sino a la legislación colombiana de ese tema tan importante y ese catálogo normativo que constituye el Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana.

En el constitucionalismo colombiano el estamento militar siempre está presente, porque éste ha evocado indiscutiblemente esa conciencia pública de la humanidad, de elegir a la persona humana como centro del ordenamiento jurídico, sin olvidar que esa persona como lo dictan los mismos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos tienen deberes y responsabilidades con su Estado. Uno de ellos, que me atrevería a decir es de los más importantes, el reconoci-

miento y el respeto a las autoridades legítimamente constituidas, tal como lo señala el Artículo 95 constitucional en armonía con el Artículo 34 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en esa normatividad colombiana hemos llegado a la Constitución Política de 1991, la cual se ha caracterizado precisamente por ser una carta llena de derechos fundamentales, de garantías públicas y sociales.

El punto es hacer valer a esa persona como centro del ordenamiento jurídico, en el cual siempre el estamento militar ha estado presente en cada momento histórico; vale la pena recordar, y lo voy a decir de una manera breve, cómo insignes militares han participado en la formación de ese civismo colombiano, como mi general Antonio Nariño, recordemos que él fue el primero que tradujo al español la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1789; aprobada por la Asamblea Nacional Francesa.

La obra del general Nariño se centra precisamente en el punto de que ésta no solamente inspiró los capítulos en cuanto a libertades públicas y derechos fundamentales de todas las constituciones de Latinoamérica sino que igualmente abrió los difíciles senderos a través de los cuales discurrieron los libertadores en Latinoamérica. Así mismo, otro insigne militar, el general Francisco de Paula Santander Umaña, como “conciencia civil de Colombia y hombre de las leyes”, fue el primero que habló de ese necesario apego al bloque de constitucionalidad y al respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

¿Qué decir de mi general José Hilario López Valdés?, soldado de la democracia, quien siguiendo la huella de San Pedro Claver a través de la Ley 2 de 1851, dio la



Existe una identidad absoluta entre la democracia, el respeto a los Derechos Humanos y las Fuerzas Militares de Colombia. Indudablemente, nuestras Fuerzas Armadas se han erigido como silencioso guardián en los momentos de paz y han respetado y hecho valer con luz propia los derechos fundamentales del Estado colombiano en los momentos difíciles y de contingencia.

libertad definitiva a los esclavos, lo que le valió el reconocimiento de todas aquellas personas que protegían la raza oprimida. Si miramos el tema del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, DICA, recordaremos al general Tomás Cipriano de Mosquera, quien en 1863 incorporó al constitucionalismo colombiano el Derecho de Gentes, que no es otra cosa que el Derecho Internacional Público, y como veremos, allí nace el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados y todo el catálogo normativo que conforma ese sistema internacional de protección de la persona humana.

Aquí en Colombia, en 1820, Simón Bolívar y Pablo Murillo suscribieron un tratado de regularización de la guerra, en el que se contemplaba no solamente los deberes sino los derechos que tenían los contendientes en la conducción de las operaciones militares, sino que se eligió a la Nueva Granada como Estado, es decir, como sujeto pleno con personería jurídica para actuar en el concierto internacional, dándole ese estatus de beligerancia, en el cual discurría como uno de sus ingredientes fundamentales en la condición de legitimidad en Derecho de La Haya antigua en el respeto absoluto a la leyes y costumbres de la guerra.

Por eso, quisiera evocar, sin dar más pasos por el constitucionalismo colombiano, una frase de un insigne militar, mi general Álvaro Valencia Tovar, quien al tomar posesión como miembro de honor de la Academia de

Historia, señaló con una propiedad absoluta: “Contadme la historia de las armas colombianas y me habéis contando la historia de su democracia”; existe una identidad absoluta entre la democracia, el respeto a los derechos humanos y las Fuerzas Militares de Colombia. Indudablemente, nuestras Fuerzas Armadas se han erigido como silencioso guardián en los momentos de paz y han respetado y hecho valer con luz propia los derechos fundamentales del Estado colombiano en los momentos difíciles y de contingencia.

De ahí la importancia que siempre hemos tenido en ese constitucionalismo, que evoca de una manera plena y absoluta el tema de los Derechos Humanos, con la incorporación de los derechos fundamentales a nivel constitucional, que no son otra cosa que derechos constitucionalizados en lo que se ha llamado de primera generación que dan alcance a la vida, integridad, libertad y debido proceso; los de segunda generación, esa gama de Derechos Sociales, y la tercera generación, los Derechos Colectivos, donde indudablemente se encuentra el derecho a la paz y al desarrollo, es decir, la realización de la persona humana en todos los ámbitos de su vida.

Desde luego, también se da apertura al Derecho Internacional de los Conflictos Armados dentro del constitucionalismo colombiano, señalando en el Artículo 93 de la Constitución Política de 1991 que los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado no



Simón Bolívar y Pablo Morillo

Todo esto ha dado lugar a que la comunidad internacional adopte normas de carácter excepcional para proteger a la persona humana, y aplicarlas en el marco de los conflictos armados con un enfoque eminentemente preventivo, desarrollado para evitar las injusticias sociales y para promover el progreso de la humanidad y hacer prevalecer el espíritu de tolerancia.



solamente harán parte de su ordenamiento jurídico y ese bloque de constitucionalidad sino que también las normas constitucionales en esta temática deberán interpretarse en armonía con esos instrumentos internacionales, de ahí nace el tema internacional de la incorporación de los instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad de los Estados.

Voy a hacer una breve mención, no sin antes relacionar una rama del Derecho Internacional Público que conforma ese sistema de protección de la persona humana. El Sistema Internacional de Protección de las Personas nace de la conciencia pública de la humanidad por darle protección a ésta que se erige como centro del ordenamiento jurídico, compuesto desde luego por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional.

De aquí en adelante vamos a hablar del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, DICA, que desde luego tiene aplicación material de carácter excepcional, no solamente al reglamentar las situaciones excepcionales de los conflictos armados sino situaciones particulares, como en el tema de la ocupación, la neutralidad y las operaciones, o todos los instrumentos de carácter coercitivo de la Organización de las Naciones Unidas que se plasman en el Capítulo Séptimo de la Carta de San Francisco de 1965.

Estamos viendo cómo se acuñan desde el concierto internacional las normas y cómo a través de la firma de esos instrumentos internacionales, por parte de los

Estados, se incorporan a la constitucionalidad para hacer parte del ordenamiento jurídico y obligar su aplicación material en el ámbito doméstico. En el caso colombiano, el procedimiento es la aprobación a través de una ley de la República y si uno mira esa ley y el texto del instrumento internacional encuentra una identidad absoluta.

En materia internacional hay un instrumento que nos sirve de punto de partida en el tema de la interpretación, como es la Convención de Viena o Derecho de los Tratados, incorporada a la constitucionalidad colombiana con la Ley 32 de 1985, la cual nos da la pauta de interpretación en materia de estas normas de carácter internacional.

Aquí entramos directamente al tema del Derecho de los Conflictos Armados, no sin antes hacer unas precisiones que me parecen bien importantes y que nos dan la pauta de la importancia que tiene el Derecho Internacional, no solamente desde el ámbito político, institucional, estatal, sino desde el jurídico, porque es indiscutible la realidad de la guerra, que a veces ha desconocido la vigencia del principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y, también, es un hecho que siguen presentes en el mundo los conflictos que se dan por diversas razones, como la disputa de los recursos, los de carácter territorial, étnicos, religiosos, ideológicos, por intolerancia en algunas sociedades, el odio racial y los graves abusos del poder, entre otros.

Todo esto ha dado lugar a que la comunidad internacional adopte normas de carácter excepcional para proteger a la persona humana, y aplicarlas en el marco

de los conflictos armados con un enfoque eminentemente preventivo, desarrollado para evitar las injusticias sociales y para promover el progreso de la humanidad y hacer prevalecer el espíritu de tolerancia. Actualmente, hay más de 27 conflictos en diferentes países. En el mundo, más de 25 países están afectados por el tema de los conflictos nacionales y muy pocos por internacionales.

Hay una preocupación mundial por las guerras interestatales y por los conflictos entre nacionales; la humanidad, desde siempre, se ha preocupado por esta clase de conflictos. En la historia encontramos que desde el Código de Hammurabi hasta la Biblia y el Corán han apropiado normas para proteger al más débil del más fuerte. Se ha buscado tener un catálogo normativo que regule el tema de las operaciones militares y el uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades.

Quiero hacer alusión a los más importantes instrumentos internacionales para entrar en el tema de la conducción de hostilidades y darle alcance al Artículo Octavo del Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998, incorporado a nuestra constitucionalidad mediante la Ley 742 del 5 de julio de 2002.

En materia de Derecho Internacional Público, encontramos el Tratado de Versalles, de 1919, un instrumento muy importante en la dinámica del DICA. Se podría pensar que allí se empieza a vislumbrar la prohibición del recurso de la fuerza en relaciones internacionales y también se promueve un Tribunal Penal Internacional Ad hoc, que es muy importante en la historia de la Corte Penal Internacional, como fue el tribunal de Leipzig, con el propósito de juzgar los crímenes de guerra y los criminales de la Primera Guerra Mundial. Allí se inculpó al káiser Guillermo II de delitos contra la santidad de los tratados y la moral internacional y es donde surge esa preocupación por el Derecho Penal Internacional, con el propósito de acuñar tribunales de carácter internacional para juzgar no solamente crímenes de guerra sino judicializar a los responsables de estos.

Igualmente, surge la sociedad de naciones como antecedente inmediato de la Organización de Naciones

Unidas, que luego se desintegra por razones de carácter político y que posteriormente toma vida y se mantiene hasta nuestros días con la Carta de San Francisco de 1945. Encontramos las Sociedades de Naciones, de 1920, el Tratado de la Regularización de la Guerra, el Tratado Brian-Kellog en el año 1928, la Ley 29 de 1930 en el ordenamiento jurídico colombiano, el Tratado de Derechos y Deberes de los Estados en Guerras Civiles; en 1928 hay una resolución muy importante, la cual afianza los principios del Derecho Internacional de los Conflictos Armados y busca la confluencia entre el tema de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Conflictos Armados y, por último, la convención que prohíbe y castiga la toma de rehenes, del año 1979, de Naciones Unidas.

Este es un instrumento internacional privilegiado, porque discurre tres ordenamientos jurídicos, como son los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados y la Legislación Internacional de Terrorismo. Al entrar en el tema del Derecho de los Conflictos Armados, quiero empezar a hacer mención de los instrumentos internacionales más importantes en esta temática; primero, haciendo alusión al tema del Derecho Internacional Humanitario y aquí es importante hacer mención de una distinción que hacen los doctores y yo me acojo a la posición de quienes consideran que el Derecho Internacional Humanitario hace parte del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, pero el Derecho Internacional de los Conflictos da alcance a otros catálogos normativos que también se aplican en esas situaciones excepcionales, como son los conflictos armados, el Derecho Internacional Humanitario junto con el Derecho de la Guerra hacen parte del Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

El Derecho Internacional Humanitario se ocupa de la protección de personas y bienes en el marco de los conflictos armados, de ahí que tienen una identidad plena con esos principios humanitarios y gravitan sobre la base del principio de humanidad, que en la temática del derecho de los conflictos armados debe equilibrarse con el principio de necesidad militar que es preponderante cuando se aplican normas en conducción de hosti-

Esto exige que el grupo armado contra el cual lucha el Estado tenga legitimidad; se entiende que son alzados en armas, criminales que luchan contra la estabilidad del Estado y que no por ello se encuentran al margen del derecho. Es ahí donde el Derecho de los Conflictos Armados acuña una cláusula también de salvaguardia de la soberanía de los Estados, donde empodera el uso marcial de la fuerza.

lidades, pautas del Derecho de la Guerra y reglas que cuando se compaginan con el ordenamiento doméstico dan lugar a la aplicación del Derecho Operacional.

Es así como en el Derecho Internacional Humanitario, o como se denominaba antiguamente Derecho de Ginebra, encontramos cuatro derechos muy importantes, que son los cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, incorporados al bloque de constitucionalidad colombiana con la Ley Quinta de 1960. El Primer Convenio se establece en 1864, con el propósito de aliviar la suerte de los heridos y enfermos que dejaban los conflictos en tierra, es decir, de las tropas en campaña.

El Segundo Convenio se define en 1899 y se aprueba en 1906, para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y los naufragos de los conflictos en el mar. El Tercer Convenio se logra en 1930, para regular la temática de los prisioneros de guerra, y el Cuarto Convenio se establece en 1949, año en el cual se revisan los otros tres convenios y toman el nombre de los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de los civiles. Los cuatro han sido incorporados a la normatividad colombiana con la Ley Quinta de 1960. Estos cuatro convenios se complementaron con tres protocolos adicionales.

Voy a hacer mención de dos protocolos, porque me parecen los más importantes. El Primer Protocolo, de 1977, reglamenta las situaciones de conflicto armado de carácter internacional y el Segundo Protocolo dicta normas en situación de conflicto armado sin carácter internacional. Ambos protocolos están incorporados a las normas colombianas; el Primero, con la Ley 11 de 1992, y el Segundo, con la Ley 171 de 1994. Estos protocolos guardan una cláusula de protección a su aplicación y señalan que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados comienza a aplicarse desde el momento mismo en que se da la situación.

Recordemos que los Estados también tienen derechos. Los más importantes son los de soberanía, la independencia, la democracia y la libre autodeterminación de los pueblos. El Protocolo Segundo nos interesa mucho en la temática que estamos abordando en materia de conducción de hostilidades, porque reglamenta la situación de conflicto que nace en el territorio en donde sus Fuerzas Armadas luchan contra fuerzas armadas disidentes, en el hipotético caso de que las fuerzas armadas se aparten o se abran esas fuerzas o grupos armados organizados que bajo un mando responsable ejerzan control territorial y tengan la capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El Derecho Internacional de los Conflictos Armados acoge una serie de cláusulas, que se han denominado doctrinariamente como cláusula de salvaguardia de la soberanía de los Estados en el ámbito de aplicación en situaciones de conflictos armados sin carácter internacional. Esto exige que el grupo armado contra el cual lucha el Estado tenga legitimidad; se entiende que son alzados en armas, criminales que luchan contra la estabilidad del Estado y que no por ello se encuentran al margen del derecho. Es ahí donde el Derecho de los Conflictos Armados acuña una cláusula también de salvaguardia de la soberanía de los Estados, donde empodera el uso marcial de la fuerza.

Esa cláusula se encuentra en el Artículo Tercero del Segundo Protocolo de 1977. El cual nos dice: empodera al Estado y por ende a nuestras Fuerzas Militares a hacer uso marcial de la fuerza en relaciones internacionales y en el caso de los conflictos armados sin carácter internacional, cuando nos señala que no podrá invocarse norma alguna del presente protocolo, y por ende el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que le incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden, de defender la unidad nacional y la integridad territorial de ese Estado por todos los medios legítimos.

Obsérvese cómo la única condición que pone la norma de carácter internacional al Estado es que los medios a los que se recurra sean legítimos, y los medios legítimos

precisamente son sus Fuerzas Armadas; con excepción de lo que constitucionalmente entendemos por Fuerza Pública, es decir, Fuerzas Militares y Fuerzas de Policía. El Comité Internacional de la Cruz Roja en los comentarios que hace al artículo incluye a la Policía Nacional, porque el Estado tiene que echar mano de todos los medios legítimos posibles con tal de mantener incólume los derechos fundamentales.

Los Estados pueden recurrir al uso de la fuerza. La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-177, del año 2000, refrenda este principio de Derecho Internacional que contiene el Segundo Protocolo del año 77, como principio de no intervención. La Corte dice que los hechos derivados de las operaciones militares han de presumirse legítimos, por el principio de la buena fe; no podemos presumirlos ilegítimos porque precisamente el Estado está cumpliendo una obligación de carácter internacional que es la responsabilidad del gobierno de mantener y restablecer la ley, el orden, defender la unidad nacional y la integridad territorial por todos los medios legítimos que le sean posibles.

Voy a mencionar los instrumentos más importantes en materia de Derecho de la Guerra, conocido en la antigüedad como Derecho de La Haya. El problema es que los instrumentos internacionales tienen nombres supremamente largos y por eso el Derecho de los Conflictos Armados utiliza las nomenclaturas; quiero hacer mención y parar sólo en los más importantes para llegar al tema de conducción de hostilidades. Primero, tenemos la Declaración de París, de 1856; allí se regula el tema de los corsarios y el derecho de presas.

Ahora quiero hacer mención a la Declaración de San Petersburgo. Ésta nace en 1868 y a pesar de ser un instrumento internacional de Derecho de la Guerra supremamente antiguo continúa vigente. Está en uso porque los principios consagrados tienen vigencia absoluta en el tema de la conducción de las hostilidades y han sido punto de partida para la interpretación por vía jurisprudencial de tribunales de carácter internacional. La Declaración de San Petersburgo reglamenta un método de guerra o de combate. Es importante aclarar que métodos de guerra y de combate son absolutamente sinónimos, pero por técnica jurídica cuando

estamos en el ámbito de los conflictos armados de carácter internacional se habla de guerra y en conflicto sin carácter internacional, de combate.

Hay una norma muy importante en el Primer Protocolo que es el Derecho de la Guerra, en la cual se define el ataque. Nos han inculcado la idea de que nosotros no podemos atacar, sino que solamente podemos reaccionar frente a un ataque que sea inminente y en respuesta a una legítima defensa; indiscutiblemente, en el tema de conducción de hostilidades en los conflictos armados sin carácter internacional uno de los parámetros importantes es la legítima defensa, pero en el Derecho de los Conflictos Armados, en cuanto al poder de ataque, el Artículo 49 nos enseña qué se entiende por ataque de violencia utilizada contra el adversario, sea ofensivos o defensivos.

Más adelante se hace un desarrollo normativo del ataque y se empodera el derecho de los conflictos armados en el Primer Protocolo de 1977. Establece las preocupaciones que se deben tener en cuenta en el ataque y plasma normativamente una figura jurídica que se conoce como lesiones incidentales y doctrinariamente como daños colaterales que son posibles.

La Declaración de San Petersburgo, como medio de guerra o medio de combate, prohíbe la utilización de proyectiles con un peso inferior a 400 gramos y que sean explosivos y como método de guerra prohíbe causar males innecesarios o daños superfluos; principio que sigue totalmente vigente en la conducción de hostilidades. Quiero recordar que en 1996, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, interpretando la Declaración de San Petersburgo y dando alcance a



Tribunal Internacional de Justicia de La Haya

este principio fundamental de la conducción de hostilidades, señaló por vía jurisprudencial la restricción, la prohibición, la limitación, de utilizar armas nucleares en el marco de los conflictos armados. En el Segundo Protocolo Adicional prohíbe la utilización de globos explosivos.

En 1907, en la Convención de La Haya se indican algunas normas sobre costumbres de la guerra. Esta convención está vigente y nos da el punto de partida en toda suerte de relaciones, como el Reglamento Anexo en Tierra, relaciones que puedan tener los beligerantes, canjes, capitulaciones, treguas, armisticios, etc. El Artículo Primero del Reglamento Anexo en Tierra señala cuáles son las condiciones que debe tener un sujeto combatiente para que tenga ese estatus y lo refrenda de manera inequívoca el Artículo 43 del Primer Protocolo, cuando define las Fuerzas Armadas y señala que en un conflicto sus miembros, salvo los que hacen parte del cuerpo religioso y del sanitario, son combatientes.

Es decir, son los únicos que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades; de ahí surge una premisa muy importante: nuestros combatientes, las Fuerzas Militares, las Fuerzas Armadas de los Estados, tienen derecho y son los únicos sujetos combatientes que pueden participar directamente en las hostilidades; fuera de ellos nadie más tiene derecho a participar directamente en las hostilidades. Cuando un miembro de un grupo armado al margen de la ley tiene una participación directa en hostilidades, no tiene derecho a hacerlo, pero lo hace y al participar pierde estatus de inmunidad y de protección, es decir, se puede atacar y constituye un blanco lícito.

El Derecho Internacional Humanitario, que se ocupa de la protección de personas y bienes, establece que las personas civiles gozarán de la protección que le confiere este título, salvo si participan directamente en las hostilidades, y mientras dura esta participación la norma hace un calificativo, es decir, que la participación sea directa; precisamente, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha elaborado un documento donde hace un estudio sobre qué debe entenderse por participación directa en las hostilidades. Yo me atrevería a decir que son actos inequívocos que van dirigidos a neutra-

lizar a quien se considera su adversario, es decir, donde se ve una acción hostil o una amenaza de ello, que es lo que nos permite actuar en el tema de conducción de hostilidades.

Volviendo al tema de los sujetos combatientes, me llama mucho la atención lo que dice la Convención de La Haya de 1907. Para que el combatiente adquiera ese estatus se exige que reúna cuatro condiciones; que el grupo al que pertenece tenga un mando responsable, es decir, una cabeza visible donde se genere la aplicación de un régimen, disciplinario; mando y disciplina, base dogmática del Derecho de la Guerra, y por otra parte, que el grupo tenga condición de legitimidad absoluta, apego a las leyes y costumbres de la guerra. Por otra parte, que ese combatiente vista el uniforme y lleve las armas a la vista; el derecho cambia y en 1977 se entiende, con la incorporación de otro sujeto combatiente como se le denomina doctrinariamente, el combatiente regular, que no era necesario que vistiera el uniforme pero sí que llevara las armas a la vista.

Esto se da porque en aquella época se generan las guerras de liberación nacional, donde la población se levanta en armas para defender los derechos fundamentales del Estado y para defender la institucionalidad, la soberanía y la libre autodeterminación de los pueblos; de allí que la doctrina le da la connotación a quien participa directamente en las hostilidades sin tener derecho a ello, porque el único que tiene ese derecho de participar son los miembros de las Fuerzas Armadas regulares de los Estados. En esa noción de combatiente ilegal encontramos miembros de los



grupos armados al margen de la ley, los terroristas, los francotiradores, los mercenarios; eso significa que cuando hay un combate entre las Fuerzas Militares y un grupo armado al margen de la ley, y en ese combate mueren soldados la legislación doméstica señala que los miembros del grupo al margen de la ley han cometido un delito; pero si en el mismo escenario muere un miembro de un grupo al margen de la ley, los soldados y nuestros miembros de las Fuerzas Militares no cometen delito, porque ellos son los únicos que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y el uso marcial de la fuerza les ha sido empoderado.

Entre los instrumentos más importantes, encontramos la Declaración relativa al derecho de la guerra marítima, Londres 1909; el Manual de Oxford de 1913 y el Tratado de Washington de 1922. En el año 1923 quiero parar, porque ésta es la única norma del Derecho de la Guerra que reglamenta la conducción de las hostilidades a través del uso del poder aéreo. Es una norma que no fue aprobada, pero que por decisión de la comunidad internacional se aplica en todos los conflictos, porque es el único referente de carácter normativo; allí se señala cuáles son las aeronaves que pueden utilizarse en conducción de hostilidades, cuáles pueden participar en operaciones militares, cómo deben ser los bombardeos, cómo se deben calibrar los blancos, cómo calibrar los objetivos militares. De ahí la importancia que tiene la norma de conducción de hostilidades en el uso del poder aéreo, del año de 1923.

En el año 1925 encontramos una convención muy importante, de donde surge el catálogo normativo que

Cuando un miembro de un grupo armado al margen de la ley tiene una participación directa en hostilidades, no tiene derecho a hacerlo, pero lo hace y al participar pierde estatus de inmunidad y de protección, es decir, se puede atacar y constituye un blanco lícito.

da lugar no sólo a la Convención de 1925 sino a las Convenciones de 1972, de 1993 y de 1995, la cual prohíbe la utilización de gases tóxicos y asfixiantes, el veneno como método de guerra. La de 1972, la prohibición de utilizar armas bacteriológicas y biológicas, y la de 1993, que prohíbe utilizar armas químicas. Estas normas han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad colombiana con la Ley 10 de 1980.

En la conducción de hostilidades, también son muy importantes la Convención de La Habana, que da alcance al uso del poder naval, y el Tratado de Londres de 1930, con respecto a la utilización de submarinos y armas automáticas de contacto submarino. El Tratado de Roerich de 1935, incorporado a la normatividad nacional con la Ley 36 de 1936, la cual protege instituciones científicas y artísticas; el Tratado de Montreux, también sobre el uso del poder naval en el año de 1936. También encontramos la convención que prohíbe la utilización de técnicas militares destinadas para la modificación ambiental.

La Convención de Armas Clásicas de Naciones Unidas, de 1980, tiene cuatro protocolos adicionales, que son muy importantes; el primero, prohíbe la utilización de fragmentos no localizables en el cuerpo humano a través de la exposición de rayos X; el segundo, restringe la utilización de armas, minas, trampas y otros artefactos; el tercero, limita la utilización de armas incendiarias, y el cuarto, impide la utilización de armas láser con efectos cegadores. Estos fueron incorporados a la normatividad colombiana mediante la Ley 469 de 1999.

He querido hacer mención de manera específica a esa convención, porque en el tema de minas antipersonas, cuando los grupos armados al margen de la ley utilizan armas que no son convencionales, como los cilindros, armas hechizas, etc., nosotros desde la Jefatura de Derechos Humanos los hemos denunciado a través del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para su conocimiento.

En todos estos convenios que he mencionado existen mecanismos de protección, de carácter internacional, que se han incluido en la constitucionalidad colombiana

y que nos sirven mucho para entrarnos en el tema de la conducción de hostilidades. Pero antes es importante hacer unas breves reflexiones; ¿de qué depende la aplicación del DICA en las operaciones militares?, basta la sola voluntad política de las partes en conflicto para aplicarlo. ¿Qué obligaciones impone el DICA a los comandantes de las unidades militares en sus operaciones? Como lo señalé, éste aplica automáticamente, no se requiere la declaración de instancia ni estamento alguno para entrar a aplicarlo; así no sólo lo señalan normativamente los instrumentos internacionales para el caso de conflictos armados sin carácter internacional, como lo hace el Artículo 2º del Segundo Protocolo, sino la Corte Constitucional con una sentencia muy importante, la C-225 de 1995, donde señaló que en la situación colombiana, inequívocamente, el derecho aplicable era el Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

Desde luego, tenemos claro que la voluntad política del Estado colombiano es aplicar todo ese catálogo normativo que da trascendencia al sistema internacional de protección de la persona humana; en coordinación absoluta con esa política estatal y de gobierno está la política de mando de esos ingentes esfuerzos por aplicar en todo el tema de la conducción estratégica, operacional y táctica de las hostilidades, de las operaciones militares, las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

En el tema de conducción de hostilidades quiero destacar un instrumento internacional muy importante, como es la Declaración de Taormina del año 1990, la cual señala toda esta gama de principios para el ámbito de los conflictos armados sin carácter internacional y los aplica para tres momentos muy importantes: antes, durante y después. En prevención, el comandante debe asegurarse de que sus fuerzas subordinadas conozcan plenamente lo que a ellos les corresponde, no técnicamente ni jurídicamente, sino lo que les compete en la aplicación del esfuerzo militar y en el momento de la maniobra, en cuanto a las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, es decir, las tropas deben recibir la instrucción y los entrenamientos correctos y adecuados.

El comandante debe asegurarse de que sus fuerzas subordinadas conozcan plenamente lo que a ellos les corresponde, no técnicamente ni jurídicamente, sino lo que les compete en la aplicación del esfuerzo militar y en el momento de la maniobra, en cuanto a las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

Esta obligación la impone el Primer Protocolo del año 77. Plasma la responsabilidad de los comandantes en el artículo 87, el cual luego se destaca en el Artículo 28 del Estatuto de Roma de 1998, en el que se indica que en el planeamiento toda acción u operación militar exige un plan previo; al prepararlo se debe tomar en cuenta la obligación de aplicar el Derecho Internacional de los Conflictos Armados. En un buen plan se pueden cometer errores o infracciones con consecuencias disciplinarias o penales, por eso la importancia de que las Fuerzas Militares de Colombia cuenten con la figura del asesor jurídico operacional, quien desde ese ámbito acompaña como miembro del Estado Mayor a su comandante, con el propósito de absolver todas las dudas que nazcan en el campo jurídico. Igualmente, en el control, el comandante debe asegurarse que sus cuadros cumplan las órdenes y el plan y que mantengan la disciplina en la conducción de esa operación militar.

Dogmáticamente se ha entendido que el mando y la disciplina son la base del Derecho de la Guerra. De ahí que el Derecho Militar y nuestro estatuto de carrera den gran importancia al mando y a los instrumentos internacionales en materia de Derecho de la Guerra. Cuando se presenten sanciones, el comandante debe imponer la disciplina en la unidad bajo su mando, debe iniciar las acciones disciplinarias o penales en caso de que se comentan infracciones y debe informar a sus superiores si el caso va más allá de su competencia; lo importante es informar y tomar de manera inmediata las acciones jurídicas correspondientes.

De allí se colige que las obligaciones jurídicas de los jefes, de acuerdo con los instrumentos internacionales, es impedir las infracciones, reprimirlas y denunciarlas. Igualmente, instruir, entrenar y controlar la conducta de sus subordinados. Esto se encuentra contemplado, las

obligaciones que tienen los jefes, los comandantes militares, en el Artículo 87 del Primer Protocolo de 1977. Así mismo, en el ejercicio del mando, en el control de la operación de la última fase, el ejercicio del mando le da al comandante la capacidad de reaccionar en cualquier situación, de ajustar su plan si es necesario en lo táctico y en la aplicación del Derecho de la Guerra.

El Derecho Operacional contribuye a potenciar el orden y la disciplina, a establecer clara distinción entre combatientes y civiles, así como también entre objetivos militares y bienes civiles. En el tema de objetivos militares es muy importante hacer mención al Artículo 52 del Primer Protocolo, el cual establece la noción de objetivos militares, indicando literalmente la norma de lo que son objetivos en lo que respecta a los bienes que por su naturaleza, ubicación y finalidad contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan una ventaja militar definida.

Obsérvese cómo la norma no solamente menciona los bienes que son militares, como los carros de combate, el material de guerra, de intendencia, las bases militares, el armamento, sino también los de naturaleza civil, que por su contribución eficaz a la acción del enemigo, a la acción del adversario, se convierten en objetivo militar; dando alcance a bienes civiles que por su ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar, y en el tema de conducción de hostilidades debe observarse la definición de objetivos militares, de blancos lícitos, participación directa en hostilidades de miembros de la población civil y de bienes civiles.

La aplicación de estos principios es muy importante para el comandante, porque indudablemente le dan muchísima ventaja. Se encuentran en la Declaración de Taormina y discurren a través de todo el Derecho de la Guerra; le dan al comandante una buena predisposición para salvaguardar a los sujetos y bienes protegidos, poder calibrar lo mejor posible la ventaja militar y los daños que se puedan ocasionar cuando se golpea un blanco lícito o un objetivo militar con métodos y medios de guerra o de combate autorizados; un buen conocimiento general del medio, menor daño posible del necesario, aprovechar todos los recursos disponibles, el sentido común y esta-

blecer las medidas de control efectivas que le sean posibles.

Igualmente, le permite la mejor decisión en situaciones difíciles, como las de incertidumbre, que se originan por falta de datos, premura en el tiempo, necesidad de conseguir resultados, presión nacional e internacional; dándole al comandante los mejores criterios como son: atacar lo esencialmente militar, dañar estrictamente lo necesario, utilizar los subordinados plenamente capacitados, emplear terminología adecuada, emitir órdenes susceptibles de controlar, el ejemplo y convencimiento de mantener el orden y la disciplina a través de líneas de acción, de decisión, que tienen su naturaleza y su esencia en el Derecho de los Conflictos Armados.



Esto permite al comandante sopesar y aliviar un poco, no solamente la guerra que tiene que librar en la misión asignada sino su propia guerra interna, en el cumplimiento de sus responsabilidades. En el cumplimiento del deber, que no es otra cosa que el logro de la misión constitucional para las Fuerzas Militares; el cumplimiento del Derecho, es decir, el acatamiento de la ley, el logro de la misión a través de los medios y recursos disponibles; el mantenimiento de la disciplina y el orden, lo cual apunta al éxito de la decisión a través de los mejores criterios, de la selección de objetivos.

Desde luego, esos principios se dan en el campo táctico y en el jurídico, por la importancia, la amortización de objetivos, la demora, la reserva, la vulnerabilidad, la dispersión y la situación en que se den esos objetivos

militares: igualmente, jurídicos como lo contempla el Artículo 52 del Primer Protocolo, atacar objetivos militares, no solamente por su naturaleza, sino bienes que por su utilización, ubicación y finalidad contribuyen eficazmente a la acción del enemigo. Ahí encontramos los principios fundamentales en el tema de conducción de hostilidades, que han sido acuñados en instrumentos muy importantes, como la Declaración de Taormina en el año de 1990. Primero, el conocido como el principio de necesidad militar o policial, el principio de proporcionalidad, evitar sufrimiento innecesario, el principio de discriminación y el de distinción.

Se entiende por principio de necesidad militar, el que justifica todas las medidas no prohibidas por el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que son indispensables para la rendición total del enemigo lo antes posible; por ejemplo, el Derecho de la Guerra suele enseñarse en negativo, es decir, dando alcance a toda la gama de prohibiciones, de deberes y abstenciones que tienen que observar las partes y particularmente nuestros combatientes; pero el Derecho de la Guerra a través del principio de necesidad militar entiende las necesidades de la guerra y advierte que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados es un derecho de supervivencia, es decir, le importa que la persona humana atraviese las contingencias del conflicto armado y que una vez atravesadas llegue con vida, pero también entiende las necesidades de la guerra y le da una preponderancia al principio de necesidad militar.

Hay ejemplos muy importantes del principio de necesidad militar, por lo que quiero hacer alusión a normas que así lo contemplan. El Artículo 17 del Segundo Protocolo del 77 prohíbe el desplazamiento forzado de las personas, señalando que no se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exija la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas; es decir, que si media una razón militar imperiosa puede darse esta figura que en principio está prohibida por el Derecho de la Guerra.

Es muy fuerte en el Derecho de los Conflictos Armados, lo que se conoce como protección a bienes, en cuanto a instalaciones y obras peligrosas, como las represas, los

diques, las centrales nucleares de energía; estas no serán objeto de ataque aunque sean objetivos militares, cuando de tales ataques se pueda producir la liberación de aquellas fuerzas y causar pérdidas importantes en la población civil. También se incluye el principio de necesidad militar y se señala que por éste la protección especial conferida contra todo ataque cesará para las represas o diques solamente si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, constante y directo a las operaciones militares.

Se entiende por principio de necesidad militar, el que justifica todas las medidas no prohibidas por el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que son indispensables para la rendición total del enemigo lo antes posible.

Estos principios que se encuentran definidos en la Declaración de Taormina y los que trascienden todo el Derecho de la Guerra, nos enseñan que se puede atacar cuando hay un acto o una acción hostil o una amenaza de ello; si hay un grupo de hombres armados pero no están disparando son un blanco lícito y se les puede atacar sin cometer ninguna conducta prohibida por el Derecho de la Guerra; pero si un hombre está en el parque leyendo un periódico y no tiene ni un acto ni una acción hostil no se le puede atacar, porque no tiene una participación directa en hostilidades ni representa una amenaza para cometer una acción hostil.

En relación con los cuatro principios fundamentales contemplados en la Declaración de Taormina y el Artículo 57 del Primer Protocolo, se hace una elaboración para calibrar lo que se denomina lesiones incidentales, conocidos como daños colaterales; no son ilícitos cuando son incidentales a un ataque contra un objetivo militar, porque se ha calibrado con el de discriminación y el de distinción sobre el uso de la fuerza, no deben ser excesivos en vista de la ventaja militar contemplada en el principio de proporcionalidad. El comandante debe tratar de mantenerlos en un mínimo, es decir, evitar el sufrimiento innecesario.

En cuanto a las tácticas, está la prohibición de la perfidia, no se pueden cometer actos de perfidia, contemplado en el Artículo 37 del Primer Protocolo, sin desconocer si están autorizados los estratagemas lícitos que contiene el inciso segundo de ese Artículo, en armonía con una norma muy importante como es el Reglamento Anexo en Tierra de 1907, que los contempla como ardides de guerra en su Artículo 24, en el principio de la limitación de medios que se van a emplear, los efectos en cuanto al principio de proporcionalidad en la destrucción, ataque físico, electrónico, neutralización en ataque, invasión, ocupación y operaciones psicológicas.

El Derecho de la Guerra incorpora el cuadro de seguimiento de una operación militar en el tema de conducción de hostilidades; la selección de objetivos, establece si hay ventaja militar o no, si hay ventaja el grado de neutralización, los métodos y medios disponibles, las armas adecuadas, la selección de las armas, la medición en lo posible de las lesiones, los daños colaterales, la aplicación de los principios de la conducción de hostilidades, el control de la orden y las medidas de

control y el propósito de atacar sobre un objetivo militar o un blanco lícito.

Para concluir, recordemos que el Artículo Quinto del Estatuto de Roma y la Ley 742 del 2002 en el ordenamiento colombiano, designan los delitos de competencia en la Corte Penal Internacional, como genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, cuando se dan graves infracciones al Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Aquí nos encontramos frente a la tipología de crímenes de guerra que son patrimonio de la Corte Penal Internacional y los incluye dentro del Artículo Octavo, dando alcance puntual a los cuatro Convenios de Ginebra, a los dos Protocolos y, desde luego, a través del tema de conducción de hostilidades, métodos y medios de guerra de combate, a todos los instrumentos internacionales que conforman este catálogo normativo de esta rama del derecho que hace parte del Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana; tan importante en el devenir de las Fuerzas Militares de Colombia.✈



CURRICULUM

Coronel Paulina Leguizamón. Abogada, especializada en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Autónoma de Colombia; Derecho Internacional de los Conflictos Armados, de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Instituto Raúl Walleberg, Universidad de Lund en Suecia; Derecho Sancionatorio, de la Universidad Militar Nueva Granada. Cuenta con varios cursos avanzados en materia de Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Ha publicado, entre otros textos, Las Políticas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Militares de Colombia y el Manual del Derecho de la Guerra.

Colombia frente a la cláusula de salvaguarda de la Corte Penal Internacional concerniente a los crímenes de guerra

✦ Doctor Rafael Prieto San Juan (IF)



Esta conferencia tiene que ver con el proceso de ratificación y de vigencia, de una cláusula de un tratado internacional aplicable o vigente para Colombia. Como ustedes saben, el Artículo 124 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice así: “a título de disposición de transición, no obstante en lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 12, un Estado al hacerse parte en el Estatuto podrá declarar que durante un periodo de siete años conmutados a partir de que el Estatuto entre en rigor, a su respecto no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el Artículo 8, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio, la declaración formulada con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento”.

Lo dispuesto en este artículo será considerado en la conferencia de comisión que se convoque de conformidad con el párrafo primero del Artículo 123. En éste artículo nos vamos a concentrar, yo creo que ustedes tienen suficientes luces al respecto y lo que voy a hacer es tratar de complementar y mostrar un poco mi visión del Derecho Internacional para tratar de leer este artículo con ustedes.

Por supuesto, eso tiene diferentes posibilidades, lo primero que hay que decir es cuál fue la participación de Colombia en Roma; uno de mis profesores, el doctor Gaitán Mahecha, fue el Jefe de la Delegación en Roma, persona a la cual respeto y admiro, y según los informes que conocemos, se hizo un gran

trabajo al ocupar una de las vicepresidencias de la conferencia de plenipotenciarios en 1998. La pregunta que surge enseguida es ¿Por qué después de tres o cuatro años, Colombia no presenta ni siquiera un proyecto de ley para buscar la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y cuando finalmente decide hacerlo tenemos que hacer uso de esa cláusula del Estatuto 124 de la Corte Penal Internacional?

Tendré que contarles la historia, a manera anecdótica, por qué este artículo se redactó por fuera del día en que se dice se celebra o se adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya fecha es el 17 de julio; les cuento esta infidencia, realmente hasta la madrugada del 18 los delegados estaban todavía trabajando, buscando arrancarles a las grandes potencias que suscribieran el Estatuto de la Corte Penal Internacional y surgió el artículo 124 como una forma de compromiso que invitaba a las grandes potencias a que lo adoptaran, que firmaran el estatuto siempre y cuando se les diera esta posibilidad, de que los crímenes de guerra no serían de la competencia de la Corte durante siete años.

Este artículo no lo hicieron para nosotros, no lo hicieron pensando en Colombia, ni siquiera nosotros lo propusimos, pero caía como anillo al dedo; en el Artículo 124 se establece una fórmula según la cual los Estados podrán aceptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional para todos los crímenes allí descritos: el crimen de agresión, el de genocidio, los de lesa humanidad y los crímenes de guerra, sabiendo



Los crímenes de guerra son para conflictos armados internacionales, básicamente, es el principio de partida, es la pauta; la razón que se dispuso oficialmente fue la posición francesa. El temor de las grandes potencias residía en que sus hombres llegasen a ser juzgados por una Corte Penal Internacional cuando ellos muchas veces estaban aportando todo su esfuerzo humano y su material de guerra para restablecer la paz en una operación de mantenimiento de paz y seguridad internacional.

que el crimen de agresión todavía no está definido, eso será objeto de la conferencia de revisión, pero sabiendo que los crímenes de guerra sí están definidos ¿por qué el interés en que una parte del estatuto no se vaya a aplicar? ¿por qué esa posibilidad de que no haya Artículo 8 en la competencia de la Corte? Lo primero sería decir que queremos el más grande número de Estados parte del Estatuto, lo que le va a dar robustez, pero ¿por qué se escogen los crímenes de guerra precisamente y no otros? ¿cuál sería la visión de Estado para no aceptar los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma?

Los crímenes de guerra son para conflictos armados internacionales, básicamente, es el principio de partida, es la pauta; la razón que se dispuso oficialmente fue la posición francesa. El temor de las grandes potencias residía en que sus hombres llegasen a ser juzgados por una Corte Penal Internacional cuando ellos muchas veces estaban aportando todo su esfuerzo humano y su material de guerra para restablecer la paz en una operación de mantenimiento de paz y seguridad internacional.

Entonces dijeron, miren, esto no es una guerra, esto casi es una acción de policía para restablecer el orden público internacional en ciertas regiones donde hay crisis, donde hay conflictos, pero que no podemos calificar de guerra convencional, que son la gran mayoría; la minoría es esa categoría de conflictos armados de carácter internacional, la gran mayoría son esos conflictos de carácter asimétrico, estructurados, de tercera y cuarta generación,

donde realmente no se distinguen uniformes, no hay frentes de batalla, es realmente difícil identificar la característica o naturaleza de ese conflicto.

A las grandes potencias, tanto a Estados Unidos, Gran Bretaña, China, incluso la otrora Unión Soviética, ahora Federación Rusa, se les dijo no hay ningún problema, ustedes dedíquense estos siete años que vienen a entrenar a sus soldados, a sus policías en estas misiones y coméntenles claramente de qué se tratan los crímenes de guerra y no van a tener ningún problema, pero por favor suscríbanse al Tratado; eso no fue posible, por lo menos no para las potencias más importantes, empezando por los Estados Unidos, que dice no solamente no voy a suscribirme sino que a partir de este momento nos declaramos en contra de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, y es una posición coherente que viene sosteniendo desde hace mucho tiempo, salvo un pronunciamiento de Hilary Clinton en África. Ella dijo que Estados Unidos debería haber firmado el Estatuto de Roma. Acuérdense que dos días antes de que terminara la administración de Bill Clinton, el gobierno americano firmó, que no es lo mismo que ratificó, el Estatuto de Roma; llega Bush y lo primero que hace es retirar la firma. ¿Por qué? porque cuando uno firma solamente está mostrando su voluntad, su deseo de pertenecer a ese tratado, lo que realmente va a formalizar ese vínculo de un Estado con los otros Estados miembros es el momento de la ratificación.

El presidente Bush se retiró y dijo que volvía a la posición anterior y no quiso firmar. Ustedes conocen las



Yo considero que las Fuerzas Militares, que la Fuerza Pública en Colombia, están muy bien preparadas y no tienen porque temerle absolutamente a nada de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional; si ustedes miran los índices de violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, no superan el 2 ó el 3 por ciento del total; eso para unas Fuerzas que están todos los días en una situación extrema de presión, indica que son muy disciplinadas, muy bien formadas en ese aspecto.

historias de los debates por estos días, donde empiezan a celebrarse acuerdos entre los Estados para que se exceptúe de la competencia de la Corte Penal Internacional, en el ámbito personal, los nacionales de los Estados Unidos. Esto no es una sorpresa, es una posición política coherente a mi manera de ver, pero que ha sido criticada por diferentes observadores; es precisamente lo que se está discutiendo con el empleo de bases colombianas por personal militar norteamericano.

Respecto al tema que nos interesa, nosotros en el lado colombiano, los que sufrimos esas dificultades en nuestro territorio, lo vimos de otra manera; dijimos, pues nos están dando la oportunidad para que nosotros podamos celebrar un acuerdo de paz y de esa suerte podamos amnistiar, reinsertar a posibles autores de crímenes de guerra en el orden interno, porque el Estatuto prevé que haya crímenes de guerra internacionales y crímenes de guerra para conflictos armados no internacionales.

Esa es la observación general que se puede hacer desde la visión de las grandes potencias, pero también de las potencias menores o en vía de desarrollo, como algunas veces se les llama, y quienes tienen que estar enfrentados a esa suerte de dificultades, de conflictos, de crisis, de ataques terroristas, como ustedes los quieran denominar.

En cuanto a la posición colombiana, hay dos cosas que podemos resumir de la siguiente manera: primero, dijimos, no comencemos a discutir cuestiones de

entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando llevábamos adelante una negociación con las Farc, nuestro principal opositor armado, y solamente cuando secuestran a Jorge Eduardo Géchem, se rompen los diálogos y el Gobierno dice: hasta acá, no más, se desbordó la copa.

Otra historia fue cuando el presidente Andrés Pastrana, dos días antes de entregar su mandato, ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, haciendo uso de la cláusula opcional de salvaguarda. Entonces, la respuesta parece evidente, en cuanto que no se acepte si se está en un proceso de diálogo, de negociaciones; pero mi pregunta es ¿si se rompió de manera radical ese proceso de negociación y si se quisiera incluso instrumentalizar el Estatuto de la Corte Penal Internacional contra nuestros enemigos, por qué mantengo el Artículo 124?

Podría no haberlo aceptado o simplemente decir acepto todo el Estatuto de la Corte Penal Internacional. ¿Por qué el presidente Álvaro Uribe decide adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, haciendo uso de la cláusula de salvaguarda opcional, inscrita en el Artículo 124? También son razones de política. Yo puedo negociar con fuerzas ilegales de las autodenominadas autodefensas de Colombia y no voy a tener el problema de que eventualmente, como ha sucedido en diferentes instancias internacionales, no solamente por los críticos, atribuyan actos de fuerzas ajenas a la fuerza oficial y se las imputen al Estado.

Entonces, se pensaría que hay voluntad, de alguna manera, de entrar en un proceso y seamos también francos nadie va a aceptar negociar si le dicen le vamos a dar 40 años de cárcel. Creo que era una posibilidad en ese proceso, algunos dirán que el proceso comenzó más tarde, sin embargo, esa es la versión maliciosa, si se quiere del observador común, pero puede haber algo más.

Yo acepto y entiendo, en palabras textuales del gobierno: dejar abierta una ventana para la paz, dar la posibilidad de que haya educación, instrucción. Yo considero que las Fuerzas Militares, que la Fuerza Pública en Colombia, están muy bien preparadas y no tienen porque temerle absolutamente a nada de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional; si ustedes miran los índices de violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, no superan el 2 ó el 3 por ciento del total; eso para unas Fuerzas que están todos los días en una situación extrema de presión, indica que son muy disciplinadas, muy bien formadas en ese aspecto.

En mi opinión, esto no era para beneficiar a las Fuerzas Armadas, sino para beneficiar a la sociedad en su conjunto, permitir los diálogos o un proceso de negociación con fuerzas disidentes, es decir no estatales; sean estas de derecha o de izquierda, porque la ambición del Gobierno, yo no hablo a nombre del Gobierno, pero es lo que he podido constatar por lo menos públicamente, es que se adelante un proceso, tanto con paramilitares como con guerrilla, indistintamente. Lo único que no acepta es con bandas criminales, con esas no hay que hablar, pero con estas dos tendencias, si se quiere llamar así, tiene que haber una oportunidad, y de hecho, bajo la Ley de Justicia y Paz hay varios miembros de grupos de guerrilla que se han reincorporado a la vida civil.

De esta manera, prefiero la segunda opción y decir que se busca un tiempo prudente para ellos; ahora, la cuestión es qué va a pasar de aquí a allá, en los casos de Justicia Transicio-

nal, ¿será tan evidente poder conseguir la paz ahora que entra plenamente?, porque uno en un tratado tiene que ser muy serio, uno no puede entrar y decir ahora sí y más tarde no, porque eso daría inseguridad jurídica en las relaciones internacionales. Entonces, ya no nos podemos echar para atrás, tampoco podemos pedir otros siete años, la pregunta mía es ¿será que la oposición armada está consciente de eso? ¿les da algún temor? ¿se están preparando? ¿tendrán cursos? ¿vivirán pilas, porque ahora sí los pueden juzgar?

Yo tengo la percepción de un sentimiento generalizado: no les interesa para nada; ahora, en cuanto a las posibilidades de una negociación, ¿será que eso va a facilitar un proceso de paz?, tampoco. ¿Entonces para qué se adoptó el Artículo 124? La Corte Penal Internacional no es para el Estado colombiano, la CPI es para los individuos, allá va usted a responder solito; bueno, se crea un sistema de defensa jurídica de los miembros de la Fuerza Pública y me imagino que en un plan internacional también la habrá, pero es mejor no tener que estar ahí. Yo creo que el Artículo 124, a mi manera de ver, es absolutamente inocuo, ni quita ni pone.

El Derecho Internacional Humanitario busca cosas esenciales, mínimas, como es el principio de distinción, incluso, las reglas caballerescas en el campo de batalla, ¿a quien se entregue y se rinda, por qué hay que matarlo? Adicionalmente, qué ventaja militar le ocasiona causar daños innecesarios, si ya se inmovilizó y se detuvo a la persona; yo creo que muchos vitoreamos cuando fue dado de baja Raúl Reyes, pero en lo personal a mi me hubiera encantado verlo rendir indagatoria ante una Corte Penal Internacional,

El Derecho Internacional Humanitario busca cosas esenciales, mínimas, como es el principio de distinción, incluso, las reglas caballerescas en el campo de batalla, ¿a quien se entregue y se rinda, por qué hay que matarlo? Adicionalmente, qué ventaja militar le ocasiona causar daños innecesarios, si ya se inmovilizó y se detuvo a la persona.

ante tribunales nacionales o extraditado para los Estados Unidos.

El derecho también puede ser un factor de potencia, de legitimidad; ahora, son solamente interrogantes que dejo planteados, porque externamente creo que le da mayor legitimidad a un Estado respetuoso del Derecho, y el Derecho de los Conflictos Armados permite dar de baja al enemigo. Así que decir no me apliquen el Derecho Internacional Humanitario, porque yo voy con todo, es mi opinión muy personal, cuando uno dice no hay reglas, aquí se puede hacer lo que quiera, militarmente puede llegar a ser más eficaz, pero a futuro de pronto no.

Son solamente reflexiones que se deben tener en cuenta, porque en algún momento pueden estar llamados a tomar una decisión estratégica de manera global, que tenga en cuenta aspectos jurídicos; pero en concreto cuál es la relación entre el derecho y la política, el derecho y la efectividad operacional, ¿es decir, yo me siento maniatado si me ponen todas estas reglas? Yo creo que puede llegar a ser para un soldado o un policía su tabla de salvación en un momento dado, el hombre que es capaz de respetar a otro hombre o a otra mujer tiene más posibilidades de que también le respeten un mínimo de dignidad. Cuando decimos ojo por ojo y diente por diente, podemos llegar a una espiral en la que no sabemos cuál es el resultado final.

Entonces, el Estado decide hacerse parte y podrá declarar, mucha atención con la palabra declarar,

porque la declaración no es una reserva y esto simplemente para dar claridad o precisión conceptual. Cuando hago una reserva en un tratado, es porque estoy diciendo no me apliquen este artículo, aquí es todo lo contrario, yo estoy declarando que me apliquen ese artículo que exceptúa; el resultado viene a ser el mismo pero en términos de Derecho Internacional. Una reserva es no me apliquen parte del estatuto, y una cláusula de salvaguarda es acepto esta cláusula opcional para cumplir el mismo tratado, políticamente en el plano internacional. ¿Por qué se hace esto? Para tener el mayor número de ratificaciones posibles, porque un tratado en el cual todos los Estados empiezan a declarar reservas, es un tratado que va a perder su fuerza y porque si los Estados dicen que durante siete años no lo aceptan vamos a tener un tratado completamente desintegrado.

La mayoría de Estados empiezan a ratificar los tratados a principios de este milenio y es muy probable que esta cláusula pierda vigor para los Estados que lo hayan adoptado. Acuérdense que el Gobierno hace un año dijo: vamos a considerar si, de pronto, antes de que termine podemos declarar el retiro de esta salvaguarda; no lo hizo, esperamos siete años. Entonces, ustedes deben estar preparados para preguntas del siguiente tenor: ¿Qué pasó durante esos siete años que no estaban bajo la competencia de la Corte Penal Internacional? ¿Irrespetaron el Derecho Internacional Humanitario? ¿Cometieron crímenes de guerra? Estas pueden ser algunas respuestas: Durante esos siete años nosotros operamos bajo el DIH, el DIH que está incorporado en el derecho



La Corte Penal Internacional siempre ha estado vigente para Colombia en los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Los crímenes de lesa humanidad no están tipificados como categoría, están dispersos en el Código Penal, entonces vamos a tener secuestros, desaparición forzada en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz.

nacional es un derecho internacional y lo respetamos; de todas maneras, existían las infracciones en personas protegidas, eso siempre lo hemos tenido, a nosotros ya no nos da miedo porque eso está en el Código Penal, etc.

Yo soy jurista, entonces, digo si lo podíamos juzgar acá ¿cuál era el problema de haber aceptado esa competencia subsidiaria? ¿cuándo entra a funcionar la competencia de la Corte Penal Internacional? Cuando aquí no tengamos ni la capacidad ni la voluntad. ¿Qué es no tener capacidad? Por ejemplo, que no tengamos tribunales, leyes, suficientes jueces, fiscalía. Aquí hay capacidad, la otra cuestión es si hay voluntad.

Respecto a las ONG, estas puedan manipular la verdad; se tiene que estar preparado para darles una respuesta, qué puede ser: aquí impera el derecho en los términos de la Constitución y las leyes, la parte especial de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario están tipificadas, nosotros investigamos y llevamos a cabo procesos al interior de nuestras Fuerzas, pero sobre todo, no llegan allá porque están perfectamente entrenadas para respetar el DIH y son tan efectivas que respetando el DIH están donde están, pero ésta es sólo una de las respuestas.

Nuestro Código Penal colombiano, Título Segundo, sobre los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a los crímenes de guerra del estatuto de la CPI. Están más o menos tipificadas todas las conductas de posibles violaciones al Derecho Internacional Humanitario, sin matices, es una transcripción de lo que hay en el Estatuto de Roma. Incluso, nosotros vamos más lejos en lo que tiene que ver con el genocidio, porque sabemos que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional son: el crimen de agresión, que no está definido; el genocidio, que es el crimen de crímenes; los crímenes de lesa humanidad, de los cuales podríamos decir que ese es el género y el genocidio la especie, y los crímenes de guerra.

Nuestro Código Penal Colombiano, Título Segundo, sobre los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a los crímenes de guerra del estatuto de la CPI. Están más o menos tipificadas todas las conductas de posibles violaciones al Derecho Internacional Humanitario, sin matices, es una transcripción de lo que hay en el Estatuto de Roma.

La Corte Penal Internacional siempre ha estado vigente para Colombia en los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Los crímenes de lesa humanidad no están tipificados como categoría, están dispersos en el Código Penal, entonces vamos a tener secuestros, desaparición forzada en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz; pero no tenemos la categoría de crímenes de lesa humanidad, lo que más se acerca a la tipificación que encontramos en el Estatuto de Roma es la de los crímenes de guerra, pero nosotros no lo llamamos así, lo llamamos delitos contra los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, esa es la definición que le damos.

En el campo internacional, también cuando ustedes entreguen declaraciones a la prensa extranjera, el hecho de que se les denomine delitos no es que sean menos graves, sino que esa es la denominación genérica que nosotros tenemos para todos los tipos penales; los otros son contravenciones de menor categoría y por eso en el ámbito internacional tratan de hacer una diferencia entre delitos y crímenes. Internacionalmente podemos hablar de crímenes tipificados en el orden interno, así se llamen delitos, eso es simplemente una cuestión de lenguaje.

Nosotros sabemos que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en un conflicto armado de carácter internacional o en uno de carácter no internacional. ¿Esa distinción la hacemos en nuestra legislación penal? La mayoría dice: el que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado. Esto quiere decir que, a

diferencia del Estatuto de Roma, no hay una división entre los crímenes que se comenten en un orden interno y en uno internacional; entonces, la legislación existe y para mí es una ventaja, porque no empezamos a discriminar la categoría de los crímenes según sea el conflicto.

¿Cómo empieza el Artículo 8 de los crímenes de guerra? Dice que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Debe estar inscrito en un plan o una política, un factor de conexidad, por eso volvemos a la acción y a la política, porque será mucho más difícil demostrar que existió un crimen de guerra.

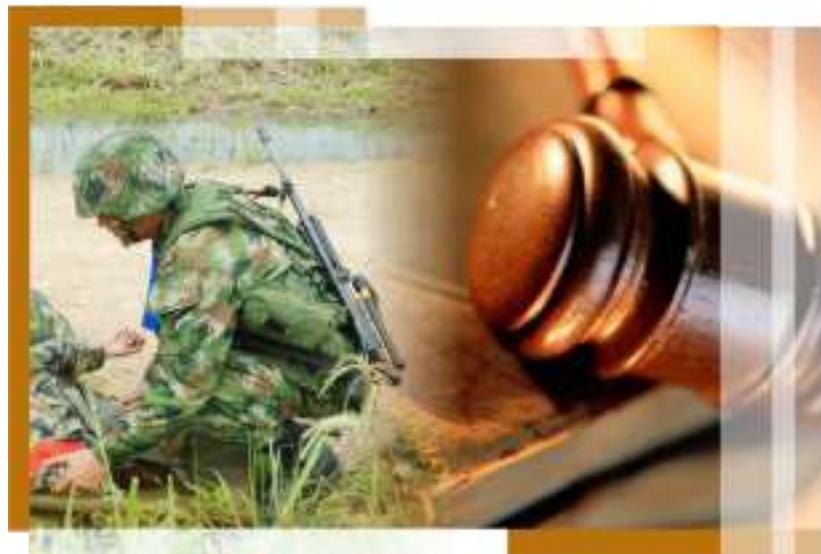
Si no se demuestra la conexión con esa política, o que se haya cometido a gran escala, quiere decir que así haya un solo crimen de guerra pero si se demuestra ese vínculo con una política el Estado o el individuo que representa al Estado, o el particular que tomó las armas o parte en el conflicto armado, deberá responder ante la Corte Penal Internacional, si el Estado no tuvo la capacidad o no deseó hacerlo de esa manera.

En la legislación colombiana dice que con ocasión y en desarrollo del conflicto, ¿qué significa con ocasión y en desarrollo? ¿es que el ilícito debe ser cometido en el momento de intercambiar acciones de guerra, disparos, acciones ofensivas y defensivas? Entonces el juez, el intérprete, va a examinar circunstancias objetivas del conflicto armado y lo hará caso por caso; en el contexto colombiano había dos interpretaciones: unos decían tiene que haber intercambio de hostilidades para asegurar que en ese momento se cometió una violación al Derecho Internacional Humanitario, y otros, entre ellos yo, defendíamos la posición según la cual cuando hay personas detenidas, por causa del conflicto, incluso muy lejos de la zona en la cual se están intercambiando hostilidades, hay fuego cruzado, etc., se puede cometer una violación a los conflictos armados.

¿Qué sucede con el Convenio Tres de Ginebra sobre los prisioneros de guerra? No hay disparos, no hay frentes, pero sí hay violaciones o crímenes de guerra. ¿Qué sucede cuando la guerrilla secuestra a un civil y dice que es para sostener su esfuerzo de guerra? Ahí hay una violación, una infracción a los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, que dice, mire, usted adelante su guerra pero no se meta con los civiles, y en la mayoría de los casos no hay ni un solo disparo, a veces ni muestran las armas, se los llevan, pero luego los matan a todos.

Muchos de los crímenes o de las violaciones, no son ni siquiera de derecho humanitario sino crímenes de lesa humanidad, porque no tienen que ver con el conflicto; por ejemplo, extorsionan a una persona y la secuestran, les pagan y después la ejecutan, qué relación tiene con el conflicto, solamente alimentar las arcas. Lo único que quiero decirles es que el examen se debe hacer, caso por caso, ustedes tienen una situación muy particular y es que hay una cierta tendencia a que todo tipo de infracción se traslade a la jurisdicción ordinaria, que juzga crímenes de lesa humanidad, no juzga crímenes de guerra, en jurisdicción militar.

Ahí hay otro problema que apenas voy a mencionar y es la credibilidad de nuestra Justicia Penal Militar; ustedes saben que en ese sentido hay un proyecto,



Muchos de los crímenes o de las violaciones, no son ni siquiera de derecho humanitario sino crímenes de lesa humanidad, porque no tienen que ver con el conflicto; por ejemplo, extorsionan a una persona y la secuestran, les pagan y después la ejecutan, qué relación tiene con el conflicto, solamente alimentar las arcas.

unas reformas, es sujeto de muchas críticas, algunas venidas de organizaciones no gubernamentales, otras de organizaciones internacionales, que dicen eso muestra que no hay voluntad para juzgar de manera objetiva a los militares, si eso depende es del Ejecutivo; de alguna forma, cómo alguien que además tiene una obligación de subordinación, porque es Juez o Auditor de Guerra, va a poder condenar a su general o a su coronel, pues imposible.

Al respecto hay unan discusión, pero les puedo decir que en sistemas tan avanzados como el de Suiza quienes juzgan, incluso los crímenes de lesa humanidad y genocidio, son los militares, es la jurisdicción penal militar, pero porque allá hay credibilidad en la experticia técnica.

Éste no es el tema de mi presentación, mi tema es básicamente saber cuándo se puede determinar si hay capacidad o no y cuándo hay voluntad o no. Es un tema que se va a discutir, si el Estado, frente a la capacidad de sancionar a los miembros de las auto-defensas, les da una pena irrisoria, ¿será que demuestra voluntad para condenar ejemplarmente a esas personas? pero resulta que todos sus delitos o la gran mayoría son cometidos durante la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, entonces, es lo que haya sucedido de ahí en adelante, lo anterior no entra.

Por eso, yo creo que hay, digamos, una cierta seguridad que eso debe permanecer en el orden interno, por lo menos lo que haya ocurrido hasta el 2002; ese

es mi análisis y me devuelve a saber que esa excepción, esa cláusula de salvaguarda, era algo tan necesario, si aquellos crímenes que realmente se iban a investigar, iban a pasar por crimen de lesa humanidad o eventualmente por genocidio, provengan de donde provengan y de forma individual.

Continuando con el Artículo 8, dice que para los efectos del presente estatuto se entiende por crímenes de guerra las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente. Mucha atención con el término infracciones graves, porque eso es todo lo que ha alimentado los Convenios de Ginebra; en estos convenios no se habla de crímenes de guerra, de esto se vino a hablar en los tribunales de Núremberg y Tokio, criminalizando aquella regulación de 1907.

Los plenipotenciarios dicen que crímenes de guerra son las infracciones graves, eso quiere decir que no son todas las infracciones del derecho humanitario. Nosotros vamos todavía más lejos, porque acá solamente podrán ir las infracciones más graves y para eso están taxativamente enumeradas y son las que tienen que ver con la violación grave del derecho relativo a la protección de personas en poder del adversario, lo que muchos denominan Derecho de Ginebra; las Convenciones de Ginebra son para proteger, bien a las personas caídas en combate, los prisioneros de guerra o a los civiles, esas son las personas protegidas por el Derecho de Ginebra.

Adicionalmente, tenemos un derecho que ustedes conocen mejor que yo, que es el derecho relativo a la conducción de hostilidades, el derecho clásico de la guerra, el derecho de 1907; el derecho que viene desde antes de 1899, que viene del Código Lieber de la guerra de secesión americana, es decir, un derecho consuetudinario y convencional, que se conoce como el derecho relativo a la conducción de hostilidades, siempre preferente al término derecho de la guerra.

Si la guerra es ilícita, nos dice la Carta de las Naciones Unidas, cómo va a haber un derecho de algo que es ilícito, no se puede conducir la guerra. De hecho, ustedes ven que los Estados hablan es de legítima defensa, pero nunca de la guerra, la guerra ya no se declara, está prohibido por Naciones Unidas; uno solamente se defiende y puede llevar a cabo acciones de carácter ofensivo en defensa del Estado. Ciertamente, esto es objeto de discusión, nosotros tenemos una lista taxativa de las acciones graves que están en los Convenios 1, 2, 3 y 4, que paso rápidamente. Hay una lista bastante larga, creo que de 26 disposiciones, y luego dice que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional.

Las violaciones graves del Artículo 3 común, a saber, cualquiera de los siguientes actos de personas que no participan directamente en las hostilidades, incluido los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa, y viene también una lista taxativa.

Sin embargo, hay una división en lo que es el Derecho de Ginebra en protección de las víctimas, de las

¿Lo único que existe en esta vida es la Corte Penal Internacional? La respuesta es no, existe jurisdicción nacional, lo otro es subsidiario o complementario, y si hacemos bien las cosas no va a llegar ningún caso allá o va a llegar, pero podemos decir que el Estado tiene la capacidad de investigar, controlar y si es el caso sancionar al responsable, evitemos la responsabilidad colectiva, definamos muy claramente una línea de mando y una orden operacional y determinemos responsabilidades.

personas en poder del adversario, y otra relativa a los métodos y medios de combate, para reiterar que el derecho humanitario no prohíbe la guerra, éste regula esos métodos y medios de combate; si usted quiere avanzar en su esfuerzo militar, y la idea es detener el esfuerzo del enemigo, después de haberlo detenido, no tiene que causarle un mal innecesario o utilizar balas que se explotan o se expanden dentro del cuerpo una vez penetradas las membranas humanas.

Por ejemplo, usted no tiene necesidad de envenenar las aguas o de colocar minas antipersonal, estas no respetan el principio de distinción, porque una mina no reconoce quien va a colocar el pie ahí. La mayoría de personas que caen en las minas son los niños, las mujeres, los civiles; tienen un carácter indiscriminado, es más, yo pensaría que también violan el derecho por la posibilidad de atacar a la población civil, porque a veces se colocan en campos civiles; entonces, me parece importante dejar claro que el Derecho Internacional Humanitario busca proteger a las personas y a los bienes que no participan en el esfuerzo militar.

También busca regular la misma conducción de hostilidades, y resulta que eso siempre ha sido como un tabú; aquí se habla de derecho humanitario, por supuesto es necesario e importante, y la otra parte del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, DICA, el de la conducción de hostilidades, creo que es lo más importante, porque es precisamente en la conducción de hostilidades donde se corre el mayor riesgo de cometer un crimen de guerra, y es para eso donde hay que estar preparados.

Como manera anecdótica y quizás con algo de propaganda, nosotros en la Universidad Javeriana auspiciamos unas jornadas de derecho internacional, donde participaron algunos de ustedes, para conmemorar las Convenciones de La Haya de 1907;

se cumplía el centenario y creo que es la única obra que existe, porque se editaron las memorias que se hicieron a tiempo con el congreso sobre Derecho Internacional Humanitario y Conducción de Hostilidades.

Este fue un libro que se convirtió prácticamente en cartilla, porque es la única obra que les decía: mire, usted puede legítimamente conducir el esfuerzo militar. La invitación que hago es a trabajar sobre este tema, porque lo otro parece casi que obvio, porque si no resulta indiscutiblemente siendo un crimen de lesa humanidad, porque si hay alguien que está desarmado, que se entrega, sin haber participado, sino que dice yo no estoy participando, yo no tengo ningún problema, y se ejecuta, pues definitivamente hay un crimen de lesa humanidad, además de un crimen de guerra y será la Corte la que determinará la competencia que tiene al respecto.

Hay que reflexionar sobre la pregunta ¿lo único que existe en esta vida es la Corte Penal Internacional? La respuesta es no, existe jurisdicción nacional, lo otro es subsidiario o complementario, y si hacemos bien las cosas no va a llegar ningún caso allá o va a llegar, pero podemos decir que el Estado tiene la capacidad de investigar, controlar y si es el caso sancionar al responsable; evitemos la responsabilidad colectiva, definamos muy claramente una línea de mando y una orden operacional y determinemos responsabilidades, porque primero estamos muy bien formados y, segundo, si alguien llega a cometer un acto de esa naturaleza tiene que ser individualmente responsabilizado, porque o sino va a afectar a todo el Estado. El hecho que haya crímenes de guerra no implica que no haya responsabilidad internacional del Estado, pero esa es otra historia en la cual ustedes deben pensar con mucho cuidado. ✈



CURRICULUM

Rafael Prieto San Juan. *Doctor en Derecho, Especialista y Magíster en Derecho Internacional Público, de la Universidad de París; Magíster en Estudios Latinoamericanos, por el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad de París, y en Estudios Estratégicos, por el Instituto de Relaciones Internacionales y Estrategia de la Universidad de París. Además, ha participado en diversos cursos de Derechos Humanos, Refugiados, Derecho Internacional, Derecho Internacional de los Conflictos Armados, Coordinación Interinstitucional y Contraterro-rismo, así como Seguridad, Estabilidad, Transición y Reconstrucción, en diferentes lugares del planeta, Estrasburgo, Austria, Grecia y Washington, entre otros. Fundador de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y miembro activo de las sociedades de Derecho Internacional francesa, europea y latinoamericana. Profesor y conferencista invitado de varias universidades nacionales y extranjeras, así como de academias militares.*

¿Cómo potenciar culturas éticas en las Fuerzas Armadas?

✦ Doctor Juan Carlos Herrera (IF)

El tema que nos concentra hoy es cómo potenciar culturas éticas en las Fuerzas Armadas, lo importante es ver cómo en el día a día, en las responsabilidades que ustedes tienen, con las tropas que dirigen, cómo pueden hacer para que su gente verdaderamente se sume a esta gran ruta, causa u horizonte, que sería fortalecer la ética en las organizaciones. Voy a hacer unos planteamientos, con base en experiencias que hemos tenido con organizaciones muy grandes en Colombia, como es el caso de la Registraduría, la Procuraduría, la Contraloría, que han sido las primeras entidades en las que se empezaron a trabajar estos temas, con apoyo de los recursos de la Agencia de Cooperación de los Estados Unidos.

Igualmente, con las empresas privadas se ha trabajado el tema; las petroleras van muy avanzadas en este campo, las de telecomunicaciones; grandes empresas en Colombia han querido mirar cómo se puede hacer esto, es necesario hacer que la ética tome fuerza potencializándola en la cultura de la institución militar. Hoy, el mundo ha entendido que le hemos seguido la pista a definiciones sobre cultura, hemos encontrado más de 50, pero ¿qué es cultura? la manera como vive un grupo humano, que va construyendo unos valores, unas creencias, un lenguaje, unos símbolos.

Evidentemente, uno podría pensar que los diferentes subsistemas que componen el sistema de las Fuerzas Militares en Colombia podrían ser microculturas, porque son grupos humanos que ustedes dirigen, que generan un marco de referencia como la gente vive. Yo creo que ustedes como Fuerzas Militares son un subsistema de todo el sistema de la cultura en Colombia, ustedes

tienen un lenguaje propio, tienen una disciplina propia, han construido unas creencias propias; uno podría pensar que dentro de esta definición grande de cultura, obviamente, podríamos pensar que ustedes en el interior pueden ser una cultura; entonces, podríamos hablar de cómo fortalecer la cultura en las Fuerzas Militares en Colombia.

Todos los estudios han demostrado que uno se apropia de la cultura por tres mecanismos, y si usted hace memoria de su época infantil, seguramente se va a acordar que ha aprendido cosas por imitación, la imitación es el resultado del ejemplo. Nuestras organizaciones, las personas que ustedes dirigen aprenden mucho por imitación, pero también hay otros mecanismos para aprender la cultura, porque se asimila; implica que por verla o porque se van generando ciertas rutinas en donde uno está, uno va asimilando esa cultura.

Hay unas tradiciones y costumbres en la Costa Atlántica, que no entendemos los que estamos en Nariño o en los Llanos, porque las culturas van creando símbolos, significados y lenguajes por asimilación. Entonces, uno también puede transmitir esa cultura por el mecanismo de la imitación, y hay parte de la cultura que uno apropia por aprendizaje, estos son los tres procesos que los antropólogos han encontrado de cómo se transfiere la cultura de generación en generación.

Nuestras organizaciones tienen que fortalecer la cultura por esos tres mecanismos. Algunas cosas hay que fortalecerlas en nuestras tropas por imitación o por buenas prácticas, que ya se han hecho en otros lugares, o por buenas prácticas que nosotros nos hemos



Las Fuerzas Armadas tienen principios, valores, creencias, tradiciones, prácticas, en otras palabras, el general ya dijo, tenemos una cultura que nos identifica, que no podemos perder, que al contrario, lo que queremos es potencializar esa cultura que se ha venido construyendo a través de los siglos, durante años y cada vez debe ser más fuerte.

convencido de que vale la pena hacerlas o por asimilación o porque verdaderamente hay que aprenderlas. Proponemos el reto que sea de lo pequeño a lo grande. O sea, que uno puede ir de lo micro (pequeños grupos) 40 ó 50, que conforman un grupo, para ir subiendo a un nivel que hemos llamado el nivel mezo, que viene a ser el nivel medio, para llegar a un nivel macro, que sería el de toda la institución o todas las instituciones de las Fuerzas Militares.

Cada uno de ustedes es responsable y podría ser el líder para empezar a transformar ese escenario, desde pequeños grupos, miren la capacidad de influencia que tienen; cómo comenzar a trabajar con esos niveles micro que cada uno es responsable de prevenir, o los que dirigen 1.000 ó 1.500 hombres. Usted puede empezar a generar la cultura que puede surgir y vamos subiendo del nivel micro al nivel mezo y a nivel macro.

¿Cuál es la verdad de una cultura? dos cosas: símbolos y acciones. No soy muy conocedor de los símbolos que manejan, pero me imagino que para ustedes son muy importantes los soles, el uniforme, los reconocimientos, esos que son símbolos que pueden tener 200 años, eso marca la cultura que ustedes tienen hoy en las Fuerzas Militares y hay que fortalecerlos, hay que quererlos, porque lo que genera una cultura fuerte son los símbolos y las prácticas que se van a impulsar y eso hace parte de la cultura. Las Fuerzas Armadas tienen principios, valores, creencias, tradiciones, prácticas, en otras palabras, el general ya dijo, tenemos una cultura que nos identifica, que no podemos perder, que al contrario, lo que queremos es potencializar esa cultura que se ha

venido construyendo a través de los siglos, durante años y cada vez debe ser más fuerte.

Ya bajado esto a nuestro tema, ¿cómo lo logramos?, las instituciones son esas pequeñas sociedades que llamamos micromundos. En las Fuerzas Militares, suena complejo, es bastante grande, pero cada uno de ustedes sí puede liderar pequeñas sociedades, donde podamos fortalecer las normas y valores compartidos en ese grupo, en ese colectivo, en esa comunidad, en ese equipo de gente que lidera.

Usted es responsable y sus subalternos lo ven a usted como líder, como la persona que hay que seguir; podríamos decir que esas organizaciones, sus brigadas, batallones, etc., son pequeñas sociedades que fundamentalmente tienen tres cosas: imaginarios, valores y prácticas. Pueden ser muchísimos, hay un imaginario de disciplina, además es un imaginario potentísimo que se convierte en valor y es práctica, pero si usted le pregunta a la gente del común en Colombia, con qué palabra relaciona a las Fuerzas Militares le dicen con disciplina, porque todo eso ha sido una construcción histórica, hay unos horarios, unas rutinas, hay unas prácticas, que se van haciendo y también hay valores, imaginarios, que construyen valores que se desdoblán, ¿en qué? en prácticas. Empecemos a reconocer cuáles hay.

¿Qué es un imaginario? Es una idea colectiva, que se construye y es compartida por los grupos, Hoy estamos construyendo unos nuevos imaginarios de futuro, de construir en Colombia, un imaginario poderosísimo, y es el de tener confianza; eso es un imaginario que socialmente vale muchísimo y ustedes han sido partici-

Hoy estamos construyendo unos nuevos imaginarios de futuro, de construir en Colombia, un imaginario poderosísimo, y es el de tener confianza; eso es un imaginario que socialmente vale muchísimo y ustedes han sido partícipes de la construcción de ese nuevo imaginario.

pes de la construcción de ese nuevo imaginario, porque hoy la sociedad colombiana, por encuestas, porque la gente lo afirma, porque en las reuniones se siente, porque los empresarios lo dicen, hoy tenemos un nuevo imaginario en Colombia, estamos recuperando y fortaleciendo la confianza, eso es un imaginario.

Después están los valores, qué rico que ustedes puedan trabajar los imaginarios, los valores, ya que son las cualidades que van definiendo qué es lo bueno y qué es lo malo, valor en el sentido que genera algo superior a lo que yo tengo antes, pero hay que bajarlo al nivel de las prácticas, que en su lenguaje muy especial sería ¿cómo reutilizamos eso? esas son las prácticas que son el día a día, que se viven en las organizaciones. Las ejemplarizo con este ejercicio: hay cuatro caminantes que deben pasar un puente de noche, totalmente a oscuras, sólo tienen una linterna que dura 17 minutos y los caminantes gastan diferentes tiempos para cruzar el puente; el primer caminante lo atraviesa en un minuto, el segundo, en dos; el tercero, en cinco, y el cuarto, en 10 minutos; la pregunta del millón es ¿cómo pueden atravesar el puente en 17 minutos, si deben cruzarlo en parejas para que alguien se devuelva con la linterna para llevar a otro?

Les voy a dar la solución. Se van el uno y el dos, van dos minutos, se devuelve el uno, tres minutos, ahí se va el tres y el cuatro, o sea, que van 13 minutos, se devuelve el dos, que se demora dos minutos, y se vuelven a ir el uno y el dos, dos minutos más, dan 17 minutos; miren qué ejercicio tan sencillo. ¿Para qué nos sirve eso? para lo que ustedes hacen en el día a día, para cambiar la manera de pensar; uno siempre cree que el más rápido es el que va a llevar a todos y no es así. Hay tareas y funciones que se las podemos dejar a los que tienen velocidades distintas en nuestra organización, pero que

pueden ser muy buenos para ese recorrido intermedio, de pronto hay que acelerar con los más rápidos y volver a cerrar con lo más veloces.

¿De dónde salen estos ejercicios? de los deportes, se supone que en las carreras de relevos de los grandes equipos en el mundo, usted deja al más rápido que arranque y al más veloz que cierre, que remate. Nuestra gente en las organizaciones tiene diferentes velocidades y fortalecer la cultura de nuestra organización tiene que pasar por aprender cuál es esa gente que podemos poner como líderes, más rápidos, y otros que posiblemente tienen que esperar un tiempo más o hay que dedicarles más tiempo.

Segundo ejercicio, que quiero compartir. Hemos tratado de promocionar lo que llamamos la trilogía ética, ¿qué es la trilogía ética? ¿cuáles son los tres ámbitos que más hay que fortalecer en los temas de la ética en las organizaciones? yo creo que ustedes lo viven en el día a día y han sido formados muy bien en eso, pero tenemos que transferirlo a toda la gente con la que trabajamos. El primer ámbito de una trilogía de ética es tener mejor información, que usted tenga los mejores datos, que tenga el mejor conocimiento de la situación, porque ese primer ámbito para fortalecer la ética pasa porque usted tenga todo el conocimiento, la información, los datos para pasar al segundo momento. El segundo momento crucial de la ética es el de las decisiones; ¿cuál es el problema que tenemos que evitar hoy en nuestros grupos? que haya información fragmentada o que no la tengamos toda; pero un buen fortalecimiento ético dentro de sus organizaciones es que usted tenga la mejor información para que tome las mejores decisiones.

Las decisiones pasan porque usted pueda trabajar en esos momentos y evitar la desesperación cuando tiene esas acciones urgentes, vigentes, latentes, palpables, que lo pueden llevar a traspasar esa línea tan delgada que hay entre lo legal y lo ilegal. Esa es una competencia que hay que ganar cada día, cómo tomar las mejores decisiones en esos momentos álgidos, en esos momentos de tensión, ahí es donde verdaderamente surge la decisión. Pasemos al momento tres, esas decisiones

traen consecuencias; toda decisión tiene un impacto, genera un resultado que puede ser bueno o malo.

Hemos llamado trilogía ética a tener la mejor información, la mejor capacidad, el mejor sentido de sensatez, para que usted pueda tomar en el segundo momento, que es instantáneo, la mejor decisión, porque las decisiones que ustedes toman pasan al momento tres, la consecuencia de esa decisión que tomaron. Esa trilogía que parece tan sencilla es la que tenemos en el día a día, esa trilogía juega desde que usted se levanta hasta que se acuesta.

Fortalecer nuestras organizaciones en perspectiva ética, es cómo fortalecemos esa trilogía ética, es decir, cómo la transmitimos a nuestros subalternos, que siempre piensen que hay un momento de reflexión, que tengan que pensar, así sea un minuto, un instante, cuál va hacer la decisión que van a tomar y esa decisión que van a tomar tiene una consecuencia y tenemos que evaluarla. Si va a pelear con su esposa o un amigo, piénselo antes porque su decisión tiene una consecuencia. Suba eso a las decisiones del país, las que ustedes toman, de seguridad, las decisiones de confianza que ustedes están logrando en las regiones de Colombia; aquí sí estamos fortaleciendo una ética de país y es cuando nuestras decisiones tengan las mejores consecuencias, porque las tomamos a partir de la mejor información.

Ese concepto lo hemos elaborado nosotros en nuestra organización, pero tiene su fundamento en la antropología cultural y es que para tomar una verdadera decisión se debe tener una verdadera información. ¿Qué es lo que queremos para nuestros hijos? darles una verdadera información, porque ellos van a tener que tomar sus propias decisiones; ya no es como hace 40 ó 50 años que la abuelita decidía lo que uno tenía que estudiar, hace 40 ó 50 años decidían con quién se casaba la hija, un poco como las tradiciones orientales. Hoy, en nuestra sociedad democrática de la información, todo lo que podemos hacer con los hijos es brindarles la mejor información, que estudien, que conozcan el mundo, ¿para qué? para que puedan tomar las mejores decisiones. Eso mismo lo hacen ustedes como los líderes de sus organizaciones.

Una recomendación, si ustedes no tienen la mejor información, absténganse de tomar decisiones, traten de buscar toda la información que necesiten, ya sea técnica, militar, humana, social, económica, de los ámbitos que ustedes quieran; pero tengan la certeza que cuando vayan a tomar la decisión sientan que la tomó con la suficiente información y datos para poder tomarla. Hay que jugársela un poco con la intuición, con la experiencia, el sexto sentido. Uno toma decisiones toda la vida, desde que se levanta hasta que se acuesta, toma decisiones, pequeñas, trascendentales o grandes decisiones; lo que nos toca es enseñarles en nuestras organizaciones, a nuestra gente, a los subalternos, que tomen las mejores decisiones y cuando no está toda la información a qué otras habilidades y competencias se puede acudir, a la experiencia, a la intuición, una llamada a un amigo, todo eso sirve; alguien que le haga ver más allá para que las decisiones tengan mejores resultados. Eso es lo que hemos llamado la trilogía ética.

¿Cómo podemos llegar a fortalecerla? Se puede hacer si uno va ganando esas habilidades y competencias a partir de la cultura, cómo la que se transmite, la que se asimila y la que se aprende; desde los tres ángulos usted puede ayudar a que cada vez más las personas que ustedes están preparando y que hoy están liderando puedan asimilar mejor esas prácticas, puedan aprenderlas más y puedan incorporarlas más en su vida.

¿Cómo volvemos a equilibrar el deber ser con el ser, o sea lo que tenemos claro en la conciencia con lo que verdaderamente vivimos en el día a día?, esa es la gran



fragmentación de nuestra cultura en Colombia. Todos creemos que somos honestos, pero cuando uno va a ver realmente cómo ejercemos la honestidad creemos en las mentiras piadosas, les quitamos tiempo a las organizaciones, aprovechamos el status y el poder que uno tiene, empezamos cada uno a flexibilizar eso que consideramos el deber ser; por eso, la reflexión es la siguiente: pareciera ser que la moral religiosa está pensando un poco en el pasado y no está pensando en el futuro. Por eso, la propuesta es fortalecer todo el tema de educación en valores, pero esos valores que nos vuelvan a decir algo, esos valores que verdaderamente nos orienten día a día hoy en las situaciones que vivimos.

Hay que traerlos con mayor fuerza, pero sobre todo con mayor aplicabilidad para que nos digan algo y eso es verdaderamente el gran reto; cómo montamos el deber ser con las prácticas diarias y eso sólo se logra con muchas estrategias. La educación es una, los medios de comunicación tienen que ser otra, la publicidad es otra; volver a ganar la conversación en las casas, volver a ganar el hecho de vernos, porque es que estamos viendo que el papá y el hijo hablan más por el celular que personalmente, tenemos que volver a ganar en pedagogía ciudadana, o sea, en cosas que valoremos todos socialmente. Hay que impulsar muchas estrategias para volver a recuperar o para fortalecer más la ética y los valores, que necesitan las sociedades modernas, las cuales son más veloces y tienen demasiada tecnología.

Trilogía es porque son tres momentos, pero sería como un andamio o ayuda para tomar decisiones en perspectiva ética, para evaluar si los resultados son mejores para el bienestar de la gente, para la calidad de vida del país que queremos. Qué proceso interno se puede llevar a cabo cuando uno mira cómo implementarlo; muchos de ustedes por los procesos del mejoramiento continuo, de la calidad, han escuchado el modelo universal del PHVA, que es Planear, Hacer, Verificar y Actuar. Con base en ese modelo, desde la perspectiva de fortalecer la ética, la gestión ética de las organizaciones, convertimos la "P" en prácticas, partimos de abajo hacia arriba; qué es la práctica, lo que usted hace rutinario, el día a día, tenemos que pensar cuáles son

esas éticas prácticas que quisiéramos fortalecer en nuestra organización, en la base, en el comando, en el grupo; estas son acciones, pero en términos de cultura ética son prácticas, y así las prácticas van generando los hábitos y estos con el tiempo se convierten en virtudes o en valores y los valores que uno mantiene son los que le generan la actuación, es decir, la forma de comportarse.

Esto lo podemos pensar en pequeño, estas prácticas son las que queremos de nuevo impulsar, como la honestidad, el respeto, la veracidad, creer en la palabra del otro, para que se convierta verdaderamente en hábitos que nos lleven a la integridad, a la confianza, la solidaridad, la fraternidad, y esos serían luego principios y virtudes de nuestra organización, que termina ya en la fase de ajustar la manera como actuamos. Hemos tratado de comprobar esta propuesta y es como el sol radiante de esta ética que queremos en Colombia, desde la reflexión uno diría que lo más grande son los principios de actuación humana que uno tiene, los principios se desdoblan en valores y los valores bajarían a ser los hábitos y prácticas; pero la realidad de la cultura es que usted arranca al revés. Al fortalecer las prácticas, hay que desarrollar la habilidad comunicacional, fortalecer la habilidad de planear, de diseñar tácticas y estrategias; usted como buen estratega se puede preguntar ¿Cómo es hoy? ¿Cómo la tenemos? ¿Está muy débil? ¿Se ha fortalecido, se ha hecho capacitación? ¿Se ha hecho aprendizaje? Sobre eso miramos qué pistas pueden estar ahí y cómo lo convertimos en rutinas y en acciones diarias, cómo quiero que sea eso.

Usted puede comparar con otras acciones parecidas que se han hecho en el mundo, o conoce de otras buenas prácticas que tienen otras Fuerzas Militares en otros países, o una buena práctica ya fue propuesta en el eje o hay investigaciones que han demostrado cuáles podrían ser. ¿Cómo puede medir ese resultado? hay mejoras, disminución en quejas y reclamos de sus bases, esos podrían ser indicadores que midan un poco cómo verdaderamente estamos fortaleciendo prácticas éticas en nuestras organizaciones.

Hay siete pasos que les recomendamos. El más importante es que siempre hay que hacer esa reflexión de la ética, o lo que hemos llamado cómo hacer un momento de mirar esos horizontes éticos que plantea hoy el mundo de las Fuerzas Militares, de la sociedad en general, del mundo globalizado que hoy encontramos. Que usted como general o como almirante, frente a 5.000 hombres tenga la capacidad de tener la reflexión de ese horizonte global, que usted pueda iluminar e irradiar a sus tropas.

Segundo instante, si tengo ese pensamiento estratégico cómo lo incorporo en el direccionamiento estratégico; porque todos ustedes planean, programan, organizan, entonces, es el momento de incorporar en esa planeación este elemento ético; que en esos objetivos estratégicos que se proponen ustedes se incorpore el componente ético, en las estrategias, en los resultados, en las metas, en los indicadores que hoy tenemos; eso es incorporar verdaderamente la perspectiva ética, en tres dimensiones grandes: Derechos Humanos, principios universales, una idea de la humanidad mucho mejor que la que fue el siglo anterior; entonces, venimos de los horizontes al direccionamiento estratégico.

Tercer paso, ahí sí reflexiono mis principios o potencializo esos principios que creemos que se han perdido, que no es que se hayan perdido, los principios han estado ahí, lo que nos toca es ser innovadores; volver a darles sentido, fuerza, peso específico a esos principios éticos, pero la dignidad humana siempre ha estado, el respeto a la vida siempre ha sido un principio,

reconocer al otro es un principio; sólo que por las circunstancias de la vida y de la historia se nos ha ido diluyendo un poco, pero nosotros tenemos la capacidad para volver a darles toda la importancia a esos principios éticos y esos principios éticos son los que deben casi filtrarse como si fuera un líquido por nuestras organizaciones, que la gente los viva, los palpe en el día a día. El reto de la ética no es tanto conocerla como aplicarla, ese es el reto de la ética, es decir, no nos interesa tanto que la gente sepa qué es honestidad sino que se comporte de manera honesta. Ese es el reto de los principios, que volvamos a recuperar eso que irradia; como ese sol que tiene unos principios, que iluminan esos valores que bajan a esos hábitos y a las prácticas.

Cuarto momento. También hay que trabajar mucho en las directrices, pero a qué llamamos directrices, ustedes pueden tener unos códigos de conducta, manuales de ética, carta de valores, acuerdos de humanidad, todo lo que la sociedad y las organizaciones han trabajado en perspectiva de tener otros marcos de referencia; esos son importantes, tenemos directrices, direccionamientos estratégicos, lo que usted tiene moldeado en principios y lo puede desdoblar en ciertas directrices, protocolos, documentos que podemos tener adentro de las Fuerzas Militares, que van demostrando y evidenciando cuál es nuestra postura ética.

Momento quinto. Obviamente hay que trabajar en los valores, pero en esos valores que nos generen identidad, compromiso y conducta; en una palabra, eso se llama "convicción". ¿Cómo trabajamos por los valores



El reto de la ética no es tanto conocerla como aplicarla, ese es el reto de la ética, es decir, no nos interesa tanto que la gente sepa qué es honestidad sino que se comporte de manera honesta. Ese es el reto de los principios, que volvamos a recuperar eso que irradia; como ese sol que tiene unos principios, que iluminan esos valores que bajan a esos hábitos y a las prácticas.



de las Fuerzas Militares? por convicción, tenemos que pasar del cumplimiento a la convicción, de volver a que todos nuestros subalternos estén apasionados por los valores que tenemos en las Fuerzas Militares; pero esos valores tienen que seducirnos, que nos digan algo, que nos muevan las entrañas, que uno se sienta feliz; la identidad, el compromiso de la conducta de las Fuerzas Militares es ésta. Eso es un trabajo muy largo, porque es darle énfasis a los valores hoy nuevamente, pero puede volverse a sentir apasionado y seducido por los valores de su entidad, de su institución, es volver a equilibrar la racionalidad de las décadas de los 80 y 90, a recuperar un poco toda la perspectiva oriental de las emociones y de la subjetividad y esos valores que nos dan identidad, compromiso y conducta; eso nos hace una institucionalidad tremendamente poderosa y nos hace sostenibles para el mediano y largo plazo. Podríamos pensar en toda una pedagogía de valores, pero que tiene que desdoblarse de los principios, del direccionamiento estratégico, de esa reflexión que hacemos como organización, hoy muy importante para la sociedad en Colombia.

Sexto, cómo fortalecemos los imaginarios. Lo bonito de los imaginarios es que no son individuales, porque sino no sería imaginario, lo bueno de un imaginario es que sea un “nosotros”, un nosotros compartido y es cómo generamos esas ideas fuerza, de un nosotros, donde uno se siente que es parte; pero también ese todo me enriquece, yo soy parte de esas Fuerzas Militares, pero también las Fuerzas Militares enriquecen lo que yo soy,

es toda la posibilidad de imaginarnos cómo queremos que seamos; ese imaginario de soñar la manera como yo quiero ser líder, la manera como quiero dirigir mis tropas, como quiero que sean mis Fuerzas Militares. Esa capacidad no la puede quitar nadie, nadie nos puede quitar la capacidad de soñar, cómo podemos ser mejores, ni por más adversidad que haya. Cuando uno lee todos estos relatos de nuestros compañeros colombianos que estuvieron secuestrados en la selva, algo que no les pueden quitar nunca es la capacidad de soñar, que algo va estar mejor, que van a estar mejor, que van a salir, por más adversidad que tengamos en la vida nadie puede quitar esa capacidad, y eso lo podemos convertir en algo poderosísimo para el tema de la cultura.

Séptimo. Obviamente todo eso es muy bonito, muy teórico, muy académica la reflexión de los direccionamientos estratégicos, de los principios, de los valores, de los imaginarios, pero tienen que bajar al momento de las prácticas; que es cuando lo explicitamos en la organización y cuando esperamos que los sujetos, es decir, nuestros subalternos, la gente con la que trabajamos, esos cientos de colaboradores y funcionarios que están en la institucionalidad verdaderamente evidencian que hemos vuelto a potencializar nuestros principios y valores. Ahí pueden estar los siete pasos, para llegar a esa propuesta de bajar un modelo de PHVA y compartir, finalmente, con ustedes esto que nos ha salido con muchas organizaciones, no sólo en Colombia sino que muchos estudios han demostrado esto y creo que son pertinentes para las Fuerzas Militares.

¿Cuáles son las mejores prácticas éticas?, ya no es a nivel micro de la gente que trabaja con nosotros sino ese liderazgo que ustedes como talladores y moldeadores de su organización hacen, no sólo toman las decisiones que les toca tomar a todos, que esas decisiones asuman un apellido ético y traten de tomar las decisiones justas, porque decisiones tenemos que tomar en el día a día y más cuando estamos liderando una institución tan importante como ésta, pero póngale

un apellido ético. Todos ustedes ejercen un liderazgo, un liderazgo íntegro, todos ustedes tienen que comunicar, que informar, que dialogar, pero con apellido ético, transparente.

Una de las cosas que más daño le ha hecho a Colombia es que no hay comunicación transparente, que se ha impuesto ese imaginario perverso; nos están ocultando algo, no nos están diciendo todo, y eso es romper la confianza de un país; ustedes lo han vivido cuando un subalterno no les cuenta todo, se genera un malestar, porque nosotros somos seres humanos que nos gusta que nos digan las cosas claras, como cuando uno se molesta porque siente que el hijo o la hija no le está contando todo. Todos ustedes tienen que mostrar unos resultados, todas las organizaciones tienen que hacerlo, y más ustedes que han mostrado unos resultados muy importantes para el país, pero con apellido ético, sólidos, que sean sostenibles, coherentes, que no sean de un día ni de un mes ni para mostrar un indicador, que sean resultados dentro de una estrategia y un programa de lo que queremos a mediano y largo plazo.

Todos tenemos que proteger el ambiente, eso ya es un imperativo de todos los ciudadanos del mundo globalizado; cuidamos el ambiente o no va a haber ambiente para que nos pueda cuidar a los 8.000 ó 9.000 millones de habitantes que vamos a ser en algunos años y,

Tenemos que pasar del cumplimiento a la convicción, de volver a que todos nuestros subalternos estén apasionados por los valores que tenemos en las Fuerzas Militares; pero esos valores tienen que seducirnos, que nos digan algo, que nos muevan las entrañas, que uno se sienta feliz; la identidad, el compromiso de la conducta de las Fuerzas Militares es ésta.

finalmente innovaciones; las mejores prácticas éticas hoy tienen que pasar por la innovación, por pensar cómo lo hacemos distinto y mejor, y ahí pueden estar algunas claves que les sirven a ustedes. Estas claves son las que han servido a las organizaciones mejor preparadas para el mundo que tenemos hoy, son las que hacen las organizaciones más fuertes, más competitivas, las organizaciones de sostenibilidad, las que van a estar en 15, 30, 40 y 50 años.

Son las que han logrado empezar a incorporar esas prácticas; todo esto finalmente para qué, para generar algo que yo creo que es el mayor logro de ustedes actualmente en Colombia: han empezado a recuperar la ética de la confianza, pero hoy tenemos que entender que la confianza es algo que se activa, no es algo que viene dado. La confianza es uno de los principios éticos que usted puede activar, puede fortalecer, que puede crear, y ustedes lo están logrando; hay que lograr ese nivel interno, que creo que lo han logrado muy bien, hay que seguirlo fortaleciendo y hay que continuar con mucho esfuerzo, con dinámica, con dedicación a fortalecer esa confianza con las poblaciones, con los departamentos, con los ciudadanos, con los habitantes, porque la confianza es la base de un país, es la base de las relaciones sociales; todo lo que uno hace en el día a día tiene un grado de confianza, si no confiáramos, uno no comería en un restaurante porque cree que lo van a envenenar, no saldría a la calle porque cree que lo van a atracar.

Toda la sociedad hoy está montada sobre un principio de confianza, toca seguir activándola en Colombia y ese va a ser el bien público que nos va a sostener a mediano y largo plazo, contra todas las vicisitudes, contra todos los problemas que todavía son grandes en Colombia, que no los vamos a solucionar en dos o tres años, pero cuando hay confianza tenemos esperanza de que lo vamos a lograr, de que vamos a encontrar la luz al final del túnel y ese es hoy el imaginario, porque la sociedad se fundamenta en eso. El mejor ejercicio social de confianza es viajar en avión, cuando

uno toma un vuelo comercial, uno no conoce al piloto y no sabe si es viejo o joven, mujer u hombre, pero inmediatamente hace un juicio de confianza, en que ese señor tiene las competencias, que es uno de los criterios para generar confianza, y uno confía que la dueña de esos aviones les hizo mantenimiento; si usted no confiara no viajaría nunca.

Según un autor europeo, se construye confianza por tres factores: por integridad, por competencia o conocimiento y por inclusión. Si es cierto cuál es la persona en la que ustedes más confían en su vida. Cuando uno piensa en eso, piensa en sus papás, en la esposa, en algún hermano, es su juicio de confianza sobre todo por integridad, porque lo conoce de toda la vida; pero también ustedes confían en otros y si miran por qué, porque lo conoce hace 25 años, pero esa integridad no la puedo hacer con todos; sus tropas confían en ustedes por integridad, pero también por competencia, porque ustedes son los mejor preparados, los de mejo-

res habilidades, los del mejor conocimiento; por lo tanto, ellos confían en ustedes plenamente. Ustedes tienen ese juicio y generan el juicio de inclusión, ellos sienten que ustedes los están incluyendo o defendiendo, que los toman en cuenta.

Si ustedes nos siguen colaborando, y lo están haciendo muy bien, para que Colombia cada vez confíe más en sus instituciones porque tienen el conocimiento, porque tienen integridad y porque nos sentimos incluidos, este país ya no tiene reversa, iremos por el camino de construir confianza y ésta lo puede todo; porque la confianza nos va a seguir trayendo inversión, que todos queramos estar en el país, en la institucionalidad; creer que podemos hacer la Colombia y la sociedad de un siglo diferente a lo que fue el anterior, que no nos gusta, que nos dejó demasiados problemas o dolores o heridas, que podemos tener la capacidad de cerrarlas en este siglo.✈



Juan Carlos Herrera. Es licenciado en Filosofía, de la Universidad Santo Tomás, Magister en Administración de los Valores, de la Universidad Especta de California; especialista en Cooperación Internacional y Gestión de Proyectos de la Universidad Externado de Colombia y Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Cuenta con experiencia de 15 años en asesoría, capacitación, acompañamiento e investigación con organizaciones privadas y públicas en temas de responsabilidad social; consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y la Cámara de Comercio de Bogotá, docente de varios programas nacionales e internacionales; ha participado en varias publicaciones, tales como Línea de Base, sobre Responsabilidad Social Empresarial en Colombia, Elaboración, Gestión y Evaluación de Proyectos y Principios Generales de la Contratación Pública, entre otras. En la actualidad es Director Ejecutivo de la Corporación Creo.

Escuela Superior de Guerra

Visite nuestra página web
www.esdegue.mil.co

► Encuentre toda la información de interés sobre la Escuela y su portafolio de servicios



- Cursos de ascenso
- Programas académicos de postgrado
 - Maestría en Seguridad y Defensa Nacionales
 - Especialización en Comando y Estado Mayor
 - Especialización en Seguridad y Defensa Nacionales
- Cursos de Extensión y Educación Continuada
- Investigación
- Centro de Simulación y Análisis de Crisis CESAC
- Publicaciones
- Biblioteca



ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA

100

AÑOS
1909-2009



WWW.ESDEGUE.MIL.CO

