

# SOBRE LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA EN COLOMBIA: ASUNTOS SOBRE EL DESARROLLO JURÍDICO EN COLOMBIA\*

---

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*

*Manuel Bermúdez Tapia*

*Tania Lucia Fonseca Ortiz*

*Anderson Joao Roa Domínguez*

\* Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado: “Estrategia nacional. Por una Política de Seguridad y Defensa a la vanguardia de las amenazas contemporáneas” de la línea de investigación Educación Militar, liderazgo y doctrina perteneciente al Grupo de Investigación Masa Crítica reconocido y categorizado como B por Colciencias y registrado con el código COL0123247.



## Introducción

En el ámbito de la defensa, se refiere, a las condiciones adecuadas que permite a un Estado “asegurar sus intereses primarios ante posibles amenazas o acciones del exterior”, en este ámbito actúan los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional en Colombia. Es así, que a nivel administrativo en Colombia, la seguridad y la defensa están comandados por el Ministerio de Defensa, cuyo principal objetivo es la formulación y adopción de las políticas, planes generales, planes y proyectos del sector administrativo Defensa Nacional, para la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad territorial, así como para el mantenimiento del orden constitucional y la garantía de la convivencia democrática (Congreso de la República, 2000). Adjunto al Ministerio de Defensa, se encuentran organizadas tanto las Fuerzas Militares de Colombia (FFMM) como la Policía Nacional.

Según la Constitución Política de Colombia, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Asamblea Nacional Constituyente, 2010).

Por otro lado, las Fuerzas militares de Colombia están adjuntas al Ministerio de Defensa Nacional y el Comando General de las Fuerzas Militares (Ejército Nacional de Colombia, la Armada de la República de Colombia y la Fuerza Aérea colombiana).

Así lo dispone el artículo 217 de la Constitución Política:

Las Fuerzas militares de Colombia tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por ende, la estructura de seguridad y defensa en Colombia comprende un sector central y otro descentralizado.

Por otro lado, el presidente de la República de Colombia, por mandato constitucional en el artículo 115: “como Jefe de Estado, es el Comandante en Jefe, tanto de las Fuerzas Militares, como de la Policía Nacional”. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 115)

Pese a los objetivos que deben perseguir las Fuerzas Armadas de Colombia, en el marco del conflicto interno<sup>1</sup> (Cubides Cárdenas, et al, 2018, pp. 11-24), dichos organismos también fueron protagonistas de múltiples vulneraciones a los derechos fundamentales y humanos de la población colombiana, a lo cual fue previsto en el Acuerdo Final para la Paz un tipo de responsabilidad penal (Sierra Zamora y Jiménez Barrera, 2019, pp. 1-14) para los participantes y fue regulado este aspecto por medio de la llamada “responsabilidad del mando”, figura contemplada en el derecho internacional, y en la cual establece que, un comandante militar debe responder por las atrocidades cometidas por sus subalternos.

Este capítulo de libro se centrará en la temática sobre la siguiente pregunta de investigación ¿Verdaderamente los requisitos previstos en el artículo 24 del Acto legislativo 01 de 2017 para que se configure la responsabilidad de mando resultan conformes a los estándares del Derecho Internacional?

Por lo anterior, el presente capítulo tendrá un desarrollo metodológico de tipo doctrinal-hermenéutica ya que mediante la revisión y análisis de textos, cifras estadísticas e informes sectoriales se construyen un análisis de micro problemas que responden al desarrollo de cada acápite de la investigación, los cuales se responden con la construcción de una síntesis personal sobre el tema objeto de investigación.

1 Si lo que se requiere es profundizar en el conflicto armado de Colombia, véase: Cubides Cárdenas, J., Sierra-Zamora, P. A. & Mejía, J. C (2018). Reflexiones en torno a la Justicia Transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, Víctimas y posacuerdo. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (2), 11-24.

## 1. Responsabilidad del Mando

La responsabilidad del mando (en adelante RDM) es una figura del derecho penal internacional, concretamente del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La jurisprudencia reconoce dos tipos: la directa, cuando la superior toma decisiones directas para la comisión del delito, como por ejemplo cuando se lo ordena a sus subordinados. La indirecta es cuando el superior conoció o tuvo razones para hacerlo que el subordinado estaba cometiendo delitos o cuando no tomó las medidas necesarias para prevenir el delito o sancionar al perpetrador. Es importante evidenciar la forma de responsabilidad porque de ahí dependerá también el procedimiento que se tome<sup>2</sup> (Chacón, 2015).

Como señala Olásolo y Cantor (2018):

Así, la norma 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el DIH consuetudinario señala que “los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados”.

Lo dispuesto en el Acuerdo (Jaramillo, 2014), plantea tres condiciones para el surgimiento de la responsabilidad de un superior por los actos violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidos por sus subordinados: (I) debe existir un control efectivo sobre la conducta realizada por el subordinado; (II) la conducta omisiva del superior debe ser juzgada a la luz del conocimiento que él tuviese del hecho ilícito, con base en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta; y finalmente, (III) se deben considerar los medios que el superior tenía a su

---

2 El acatamiento de las medidas de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables por parte del Estado colombiano hace parte de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por esto mismo, decimos que depende del procedimiento que se implemente y el escenario en que se aplique. Para más información, consúltese: Chacón Triana, N. (2015). Acatamiento de la medida de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables, por parte de Estado colombiano en los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Chacón, N. T., Cubides Cárdenas, J., Díaz Mantilla, L. F., Martínez Lazcano, A. J., Vargas Díaz, D. R & Vivas Barrera, T. G. (2015). Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Universidad Católica de Colombia.

alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Así, el derecho internacional ha planteado que deben concurrir tres elementos para que haya RDM: que el superior (I) tenga conocimiento de las atrocidades de sus subalternos, (II) goce de mando efectivo sobre ellos, y (III) deje de tomar las medidas razonables y necesarias para prevenir o sancionar esas conductas. El acuerdo de paz (Fernández Osorio y Pachón Pinzón, 2019) y la reforma constitucional de la JEP prevén esos tres requisitos, pero la regulación específica de dos de ellos es muy problemática<sup>3</sup>.

En este sentido, puede verse, que el Acto Legislativo 01 de 2017 responde a un prototipo esencial de derecho penal tradicional (Vargas, 2010, p. 81)<sup>4</sup>, con una contraprestación igual a cualquier sistema jurídico, el de sancionar a los máximos responsables y de los crímenes más graves y representativos. Aunque se hace indispensable rescatar, que el Acuerdo Final acuñe que la figura de la RDM no fue estructurada para sancionar a quienes detentando la autoridad y el control en una estructura criminal idean y planifican la acción criminal para que sus subordinados la ejecuten, sino para sancionar a quienes, teniendo esta misma posición de dominio, omiten adoptar las medidas para evitar o para reprimir su realización, conociendo o debiendo conocer que tales delitos serían cometidos por sus dependientes. Por lo tanto, esta figura para unos (Fuerza Armada) y para otros (FARC-EP) se establece en diferentes proporciones y en diferentes condiciones.

Así las cosas, los hechos que se hayan cometido dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir; que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones en esa área y

3 Para más información, véase: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

4 Para más claridad, véase: Vargas, M. F. M. (2010). Kant, el primer sistematizador para el derecho penal. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 4 (2), p. 81.

que tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir los hechos.

Todo este proceso, si se dan las condiciones establecidas, podría conllevar a la ruptura de la “responsabilidad de mando” y los beneficios una vez aceptado el caso por la JEP serán: la renuncia a la persecución penal (No se iniciarán nuevos procesos por estas conductas); se hará el tránsito a cosa juzgada material y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz; se eliminan los antecedentes penales de las bases de datos; se anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal; se impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral (Sanabria-Moyano y Beltrán Orjuela, 2020) y “ningún agente del Estado podrá ser reintegrado a la Fuerza de la que salió. La persona queda por fuera de la institución militar o policial donde estaba”.

## 2. La Justicia Penal Militar en Colombia

La Corte Constitucional se ha enfrentado a varios debates velando porque esta articulación interinstitucional sea armónica, legal y reglamentaria. Así, se ha dispuesto en reciente pronunciamiento que esta articulación ha tenido unos devenires porque, hay factores que favorecen tanto a las FARC como a las Fuerzas Armadas colombianas. Con esto, queremos aclarar, que los principios rectores de la JEP hacen parte de esta articulación interestatal a la que hemos hecho referencia. La Corte Constitucional, por lo pronto en sentencia C – 674 de (2017) dice:

Artículo transitorio 24. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

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

### 3. La Justicia Transicional para miembros de las Fuerzas Armadas

Por lo tanto, la justicia transicional se conoce como el mecanismo que tienen los Estados con conflictos armados internos que posibilita la reparación de las víctimas a las violaciones masivas de los derechos humanos ocasionadas por grupos al margen de la ley (Bernuz y García, 2015, p. 9).

O como lo dice Teitel (2003):

La Justicia Transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tiene el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores (p. 69).

Pero cabe resaltar, y como lo señala Rettberg (2005):

La Justicia Transicional es uno de los temas de mayor relevancia para la construcción de la paz, definida como el tipo de arreglos judiciales y extra-judiciales que facilitan y permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia o de una situación de guerra a una de paz (p. 1).

En consecuencia, la justicia transicional en Colombia implica una necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en escenarios de

posacuerdo dentro del tránsito de un periodo de violencia a otro de fortalecimiento de la paz (Cabrera Cabrera, L. y Corcione Nieto, M. (Eds.), 2018). Aunque, se sabe que con el fin de un conflicto armado no llega la paz como consecuencia inmediata de los acuerdos con grupos insurgentes tras periodos de violencia (Valdivieso Collazos, 2012). y, por lo tanto, traerá consigo incontables controversias por el tipo de Gobierno que se pretenda establecer. Por ello, el posacuerdo sería una etapa de construcción de un nuevo Estado, en el cual se solventen los problemas que han originado y prolongado el conflicto colombiano (Calderón Rojas, 2016, pp. 227-257). Es aquí, donde se encuentra un punto de quiebre, pues se hace indispensable afirmar que el conflicto en Colombia se ha extendido a lo largo de su evolución, al no consolidarse una paz verdadera, una paz rígida y, sobre todo, una paz estable (Azüero, 2014, pp. 89-98).

Con estos antecedentes, se debe precisar que para la materialización de una verdadera paz en este territorio es necesario otorgar a las víctimas de este conflicto un papel fundamental dentro de los procesos encaminados hacia ese fin, no para entorpecer los avances logrados, sino como factores determinantes para su legitimación (Cubides Cárdenas, et al, 2017).

De aquí deriva la importancia de que los instrumentos de justicia transicional no solo apunten a superar las consecuencias de conflictos sino también a facilitar la terminación de los mismos. Así entonces, en Colombia se pretende anular las capacidades operativas de enormes ejércitos no convencionales, e incluir al mismo tiempo ajustes a favor de las víctimas, para así obtener la verdad detrás de sus procesos de victimización y la reparación de sus perjuicios, no solo desde el punto de vista económico sino abarcando también la reparación moral (Melamed y Janiel, 2017).

En este sentido se puede ver que el Estado colombiano no busca a través de la justicia transicional lograr superar un pasado de violencia generalizada y de profundas violaciones sistemáticas a los derechos humanos (Sierra Zamora, et al, 2019, pp. 359-379) como en otras experiencias vistas, sino superar un presente aún permeado por estas condiciones, y lo hace mediante la implementación de complejos mecanismos para la

desmovilización de actores armados e instrumentos para lograr su incorporación a la sociedad civil (Sierra Zamora, et al, 2018, pp. 349-360).

Esto significa que la justicia transicional no solo tiene que ver con la garantía de la justicia retributiva penal con respecto a los crímenes cometidos en el pasado, sino que pretende dar cuenta de una noción mucho más amplia de justicia (Corcione Nieto, Fernández Osorio, Cabrera-Cabrera y Rojas Yaima, (2019) en la que el conocimiento de lo que pasó, la reparación de los daños causados a las víctimas por los crímenes y el diseño de instituciones que garanticen que los horrores del pasado no volverá a repetirse, ocupan también un lugar primordial (Rincón Triana, 2010, p. 25).

Por consiguiente, la justicia transicional pretende garantizar los derechos de las víctimas conciliando y sopesando sus demandas de justicia, verdad y reparación y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición, con la necesidad de lograr acuerdos que permiten alcanzar la paz y el establecimiento de la democracia (Najar & Ibáñez, 2017, p. 68).

Y en un segundo momento, tras haber realizado un estudio sobre la normatividad activa desde una perspectiva simbólica, mostrar a la comunidad la ejecución normativa, política y judicial que se tiene en Colombia. En un tercer momento, examinar el desarrollo de las Comisiones de la Verdad en un panorama amplio y concreto para el progreso de la presente ponencia. Finalizando, con un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y unas breves conclusiones.

#### 4. Algunas cuestiones que se tienen sobre la JEP respecto de Militares de la Fuerza Pública

Responsabilidad del Mando en el marco de la Ley 1922 de 2018 y la Sentencia C 674 de 2017 y la implementación de estándares internacionales.

Ahora, teniendo en cuenta el punto de vista procesal constitucional nacional (Pinilla Malagón y Cubides Cárdenas, 2016, pp. 84-105)<sup>5</sup>, legal y reglamentario se tiene en consonancia, que el punto de partida del Estado colombiano es el de sancionar, investigar y castigar a los máximos responsables de violaciones graves a derechos humanos y de derecho internacional humanitario (Chacón, et al, 2018, pp. 152-161)<sup>6</sup>, pero no podemos dejar de lado el contenido de la ley 1922 de 2018, pues se enmarca en un desarrollo procesal penal donde este tipo de sanciones quedan abiertas a interpretación del juez sin delinear el marco jurídico por el cual se debe proceder ese tipo de sanción. Así pues, la figura de la RDM no envuelve necesariamente la condición de máximo responsable, sino que, por el contrario, es un acto delictivo específico que se sanciona con los criterios específicos a un grupo determinado de personas, el que se acogió al proceso de transición que ocurre en Colombia y sólo sí se logra probar este tipo de responsabilidad (Cubides Cárdenas, et al, 2018)<sup>7</sup>. Esto, a fin de cuentas, hace que esta figura delictiva no coincida con los estándares internacionales plausibles para este tipo de conductas, por ejemplo, con el Estatuto de Roma.

Conforme a lo anterior, se puede traer a estudio el artículo 28 del Estatuto de Roma donde se encuentra legitimada la figura delictiva de la responsabilidad del mando, mandato general de criminalización, disposición que debería criminalizarse a través de las estructuras de derecho penal de cada Estado (Romero Sánchez, et al, 2015), pero que, en este

---

5 Para más información sobre el estudio dogmático constitucional colombiano, véase: Pinilla Malagón, J. E. y Cubides Cárdenas, J. (2016). *El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina*, pp. 84-105. En: Cubides Cárdenas, J., Pinilla Malagón, J. E., Torres Ávila, J., & Vallejo Almeida, G. (2016). *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. Universidad Católica de Colombia.

6 Para profundizar en La protección de los derechos humanos a la luz de las nuevas obligaciones internacionales, véase: Chacón, N. T., Pinilla, J. M. y Hoyos, J. C. R. (2018). La protección de los derechos humanos a la luz de las nuevas obligaciones internacionales frente a la lucha contra el terrorismo/ The Protection of Human Rights in the Light of New International Obligations in the Fight Against Terrorism. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, pp. 152-161.

7 Para profundizar, véase: Cubides Cárdenas, J., Vivas, T. & Sierra-Zamora, P. (2018). *Exordio conclusivo: de la responsabilidad internacional y la protección ambiental*. En: Cubides Cárdenas, J., & Vivas Barrera, T. G. (2018). *Responsabilidad Internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y etapas de posconflicto*. Bogotá. Universidad Católica de Colombia.

caso específico de transición en Colombia, la figura delictiva se queda corta al evidenciar y dejar por sentado que no imputa necesariamente a los máximos responsables de los delitos más graves en el marco del conflicto armado, sino que, la RDM empezaría a variar conforme a la libre interpretación judicial que se surta en los procesos que se lleven a cabo.

Por un lado, para los militares de la fuerza pública (Cubides Cárdenas, et al, 2017, pp. 1-149)<sup>8</sup>, por ejemplo, se trata de una regulación especial que prioriza los delitos cometidos en el marco del conflicto armado. Lo que hace, que en el marco de las estructuras de poder organizadas jerárquicamente (como el Estado colombiano), quienes tienen el mando efectivo de una organización omiten adoptar medidas razonables y adecuadas para prevenir o para reprimir las conductas delictivas de sus subordinados, cuando aquellos cuentan con los elementos necesarios de juicio para conocer de comisión de delitos (Cubides Cárdenas, 2017)<sup>9</sup>.

Como lo señala Ramírez, Tamayo & Cojín:

Al no quedar explícitamente en la norma, los mandatos del derecho internacional frente al conocimiento presunto existen un vacío normativo sobre la responsabilidad de mando en algunos casos concretos, lo que genera que no se tenga como referencia lo establecido en el derecho internacional penal del Artículo 28 del Estatuto de Roma, literal a, cuando expresa cómo debe ser el conocimiento presunto por parte de los mandos respecto de las omisiones (Ramírez, Tamayo y Cojín, 2018,).

Pero bien lo señala Ramírez:

- 
- 8 Para profundizar, véase: Cubides Cárdenas, J., Sierra-Zamora, P. A., & Núñez, M. D. (2017). El fuero militar en el derecho colombiano vs. El derecho ecuatoriano. En: Cubides Cárdenas, J. (2017). *El fuero militar: Justicia Interamericana y Operaciones para el Mantenimiento de la Paz*. 1ª. Ed. Bogotá: Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova, Colombia, pp.1-149.
- 9 No puede dejarse de lado, el papel fundamental que contiene acogerse a estándares internacionales. Si bien es cierto que Colombia tras la ratificación de varios tratados internacionales debe cumplir a cabalidad cada postulado, también es muy cierta la analogía que sobre esa articulación debe hacerse. Para más información, véase: Cubides Cárdenas, J., Reyes García, D. I. & Castro Buitrago, C. E (2017). *El Control De Convencionalidad (CCV) Y Sus Relaciones Con La Fuerza Pública En Colombia*. En: Agudelo Giraldo, Ó. A., Castro Buitrago, C. E., Cubides Cárdenas, J., Reyes García, D. I., León Molina, J. E., Torres Ávila, J., & Woolcott Oyague, O. D. (2017). *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Para la CPI tiene responsabilidad de mando todo aquel que se encuentre en condiciones materiales de prevenir los crímenes de sus subordinados, y no solo aquellos que cumplan con las complejas condiciones concomitantes planteadas en el Acto Legislativo, que incluyen tener una capacidad expresa y legal de evitar y reprimir los hechos. Esta compleja fórmula “nacional” podría derivar en la impunidad de varios mandos que materialmente pudieron impedir violaciones de derechos humanos y la fórmula podría ser tomada por la CPI como falta de disposición para llevarlos a juicio, habitual forma de la Corte para encontrar su jurisdicción (2018, p. 48).

Por lo tanto, al seguir a cabalidad con estos principios rectores, y sin dejar de lado los principios de las operaciones para el mantenimiento de la paz (Vallejo, 2011, pp. 79-98)<sup>10</sup>, estaríamos frente a graves violaciones de derechos humanos que le JEP no podría en alguna medida juzgar bajo su competencia sino que entraría la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) a juzgarlos; porque al contemplar la JEP esta figura delictiva específica y sistemática, examinando sólo el escenario de conflicto armado interno colombiano<sup>11</sup>, los perpetradores indirectos podrían ser juzgados por la CPI cuando ésta así lo requiera. En este sentido, estos terceros intervinientes no combatientes podrían quedar por fuera de la competencia de la JEP sin que, por ello, se les vulneren los principios constitucionales rectores que contiene la Constitución Política de Colombia y se daría paso a la competencia de la CPI si ésta lo requiere (Llano & Silva, 2018, pp. 59-73)<sup>12</sup>.

Traemos a colación, el concepto de responsabilidad del mando que deviene de los principios rectores de la jurisdicción especial para la paz (en adelante JEP)<sup>13</sup> recientemente declarada en la Ley 1922 de 2018 y que palabras más, palabras menos, hace que la JEP se aparte de la mayoría de los tribunales penales internacionales que juzgan crímenes atroces.

---

10 Para más información, véase: Vallejo, G. A. (2011). Principios de las operaciones de mantenimiento de la paz. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 5 (1), pp. 79-98.

11 Si lo que se quiere es profundizar en temas de desminado, véase: Macías Montoya, J. A., & Corcione Nieto, M. A. (2020).

12 Sobre el desarrollo teórico conceptual y las reflexiones sobre las deliberaciones que ocupan al constitucionalismo, véase: Llano, J. V., & Silva, G. (2018). Globalización del Derecho Constitucional y Constitucionalismo Crítico en América Latina/Constitutional Law Globalization an Critical Constitutionalism in Latin America. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, pp. 59-73.

13 Para más información, véase: Ley 1922 de 2018.

Lo que hace, además, que la JEP contenga un proceso de sanciones poco retributivas en la nueva justicia transicional (Daza, 2012, pp. 9-22)<sup>14</sup> que se enmarca hoy por hoy en Colombia (Cubides Cárdenas y Sierra Zamora, 2018, pp. 631-644)<sup>15</sup> y que sean sanciones propias de un proceso penal homogéneo.

Dice la Corte Constitucional:

La fórmula de la responsabilidad de mando del Estatuto de Roma no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni como una estructura rígida e inamovible que deba ser incorporada directamente en el derecho interno, sino como un deber de penalización que puede materializarse a través de las categorías que el constituyente o el legislador estime convenientes para enfrentar ese fenómeno específico. Y en este escenario, la cuestión relevante no es si la figura de la responsabilidad de mando se convierte en una estructura autónoma de imputación, ni si se reproducen los criterios de imputación previsto en el Estatuto de Roma, sino si se recoge y se criminaliza adecuadamente el fenómeno que se pretende atacar. Así pues, la fuente jurídica de la responsabilidad del superior no radica tanto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, ni en el artículo 86 del Protocolo I adicional a la Convención de Ginebra, ni la Regla 153 de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario, sino el principio subyacente a todas estas normas, que exige responsabilizar a los superiores, militares y no militares, por su omisión en el deber de prevenir y reprimir las conductas criminales de sus subordinados, habiendo tenido conocimiento o debiendo haber conocido de tal circunstancia (Sentencia C-674 de 2017).

Dado lo anterior, deberíamos hablar de la responsabilidad de los superiores y no de la responsabilidad de los mandos que se lleguen a derivar en una situación concreta. Aplicándoselos a los dos sectores, de un lado los miembros de las FARC y del otro, a los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas. Es así, como se impulsa la figura del control efec-

14 Para más información, consúltese: Daza, A. G. (2012). La Justicia Restaurativa Establecida En La Ley 906 De 2004 Frente Al Fin Del Pro Cesos Penal. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 6 (1), pp. 9-22.

15 Para mayor claridad, véase: Cubides Cárdenas, J & Sierra-Zamora, P. (2018). *Reparación Integral De Las Víctimas En La Justicia Transicional: Historia, Debate Y Actualidad Dentro Del Acuerdo De Paz Firmado Por El Gobierno De Colombia Y Las FARC-EP*. En: Velandia Canosa, E. A. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Legis. pp. 631-644.

tivo que vamos a analizar más adelante, solo para decir, que ese control ejercido sobre los subalternos no sólo serían de responsabilidad por los hechos conocidos sino por los actos o conductas que los responsables deberían haber sabido (Sañudo-Ospina, 2017, pp. 103-111).

Claus Roxin (2000) sostiene que existen situaciones en las que surgen límites entre el dominio de la acción y el dominio de la voluntad. En este espacio, el agente no tiene dominio ni de la una ni de la otra y, sin embargo, participa activamente en la realización del delito. Por lo tanto, cabe plantear su autoría, aunque la acción típica la lleve a cabo otro partícipe. En ese sentido, es coautor todo aquel que tenga la posibilidad de frustrar la comisión del ilícito, omitiendo su función dentro del grupo criminal. Solo si todos los coautores actúan en forma coordinada se produce la consumación del delito (López, 2012, pp. 90-117).

Así lo dicen Alonso y Curbelo (2018):

La relación superior-subordinado es definida en relación con los superiores militares en el art. 28(a) ECPI de la siguiente manera: “[e]l jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”. Por su parte el apartado (b) de la misma disposición añade en relación con los superiores civiles que “[e]n lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo [...]” siempre y cuando “(ii) [l]os crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo” (pp. 733-760)

Por lo tanto, el Acuerdo de Paz creó el llamado “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”<sup>16</sup>, que establece, entre otras instituciones, la JEP, entidad encargada de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia<sup>17</sup>. La JEP tiene por objeto esclarecer y sancionar

---

16 Para más información, véase: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx>

17 Gobierno De Colombia Y Farc-Ep, Acuerdo de 24 de noviembre de 2016, cit. nota n° 1, pp. 143.

las conductas constitutivas de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) (Sierra Zamora, et al, 2016)<sup>18</sup> o al Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidas “con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” (Dussán y Avellaneda, 2018, pp. 163-176)<sup>19</sup>; y, por otro lado, decidir sobre la concesión de admitías, indultos y otros beneficios recogidos en el Acuerdo (Loyo, 2017, pp. 444-500)<sup>20</sup>. Y es de resaltar, que la incorporación que se hace entre el Acuerdo de Paz y el Acto Legislativo 01 de 2017<sup>21</sup>.

El Acuerdo Final dice:

“[s]e entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”<sup>22</sup>.

Se deja en claro, que para fijar la RDM para militares de la fuerza pública se aplicará el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario (Cubides Cárdenas, et al, 2018, pp. 164-188)<sup>23</sup>, y las reglas

- 
- 18 Para más información, véase: Sierra-Zamora, P. A., Cubides Cárdenas, J., & Carrasco Soulé, H. (2016). *El Control De Convencionalidad: Aspectos Generales En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos Y En El Derecho Colombiano*. En: Cubides Cárdenas, J., Cárdenas Contreras, I.E, Carrasco Soulé, H., Castro Buitrago, CE, Chacón Triana, NM, Martínez Lazcano, AJ, Pinilla Malagón, JE, Reyes García, DI, Sánchez Baquero, MN & Sierra-Zamora, PA (2016). *El Control De Convencionalidad: Fundamentación E Implementación Desde El Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- 19 Para más información, consúltese: Dussán, C. C. y Avellaneda, M. B. (2018). Acceso a la Justicia Alternativa: Un Reto Complejo/Access to the Alternative Justice: a Complex Challenge. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, pp. 163-176.
- 20 Sobre la relación entre el Acuerdo y la lucha contra la impunidad ver: Loyo, J. (2017). La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad?. Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, 5, pp. 32-61, p. 40 et seq. En: Olasolo, H., & Cantor, J. C. (2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Política criminal*, 13 (25), pp. 444-500.
- 21 El cual crea la JEP, lo incorpora en su artículo transitorio 5-16. El art. 17 hace especial relación al tratamiento diferenciado para Agentes del Estado, que se explicará más adelante durante el desarrollo del artículo. Sólo se adelantará información al decir que el trato para Agentes del Estado y para las FARC-EP no será la misma, pues la forma de participación tanto de uno como del otro, son distintas en el marco del Acuerdo de Paz de Colombia, el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- 22 Gobierno de Colombia y Farc-Ep. (2016). Acuerdo de 24 de noviembre de 2016, cit. nota n° 1, P. 164.
- 23 Para profundizar, véase: Cubides Cárdenas, J.; Suárez, J & Sierra-Zamora, P. (2018). *El derecho internacional humanitario y la corte interamericana de derechos humanos en la protección de los derechos de verdad, justicia a las víctimas del conflicto armado interno colombiano*, pp. 164-188. En: Cubides

operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal<sup>24</sup>. El gran problema que afronta el Estado de Colombia en este momento coyuntural es que el Código Penal colombiano no recoge explícitamente la figura de la RDM por lo que se restringe de manera oblicua su ámbito de aplicación (Palacio, 2011, pp.129-138)<sup>25</sup>. Conforme a lo anterior, la aplicación en este ámbito también cobija al bloque de constitucionalidad colombiano (Vivas, 2012, pp. 29-68)<sup>26</sup>, porque como se dijo anteriormente, Colombia, al ser Estado Parte de varios tratados internacionales (Cubides Cárdenas, et al, 2017, pp. 256-283)<sup>27</sup> se obliga multilateralmente a cumplir con los postulados internacionales del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (Sierra Zamora y Cubides Cárdenas, 2018).

## 5. Seguridad y Defensa Nacional en El Derecho Comparado

La seguridad y defensa nacional son elementos concebidos como primordiales dentro de la conformación de las naciones, puesto que los mismos conceden o dan cierto nivel de confiabilidad y protección a todas las personas que integran la nación.

La seguridad nacional está referida a las manifestaciones externas, que los sujetos integrantes de la nación pueden percibir, y que se manifiesta en la sensación de tranquilidad o de inseguridad de los ciudada-

---

& Fajardo (2018). Cuestiones Dialécticas en torno a los derechos humanos y la paz. Brasil: Instituto Memoria Editora y Projetos Culturais.

24 Gobierno de Colombia y Farc-Ep. (2016). Acuerdo de 24 de noviembre de 2016. Art. Transitorio 24.

25 Para más información, consúltese: Palacio, J. I. (2011). El estado actual de la omisión en la teoría del delito como forma de conducta penalmente relevante. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 5 (2), pp. 129-138.

26 Para más información, consúltese: Vivas, T. G. B. (2012). Control Al Juicio De Proporcionalidad De La Corte Constitucional Colombiana. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 6 (2), pp. 29-68.

27 Para profundizar, véase: Cubides Cárdenas, J., González, J. y Sierra-Zamora, P. (2017). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia y discriminación con enfoque de género en los precedentes del sistema interamericano*. pp. 256-283 En: Martínez, A. J. (2017). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Ediciones Nueva Jurídica: Bogotá.

nos, ya que depende de la percepción por parte de la ciudadanía de la sensación de paz, peligro o amenaza para con la nación, y por ende para con la seguridad de sus ciudadanos. La misma es parte inherente de la política de la nación y está directamente vinculada con el poder nacional, el cual le proporciona los medios para que se pueda llevar a cabalidad.

A partir de esta concepción, en el presente capítulo, se pretende tomar en cuenta los elementos necesarios que ostentan la seguridad y la defensa nacional en el derecho comparado para tenerlos en cuenta al caso colombiano y de esta manera mejorar los propósitos de protección en la Nación (Cubides Cárdenas y Sierra Zamora, et al, 2019, pp. 309-325), por ello, se desarrollará la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué estrategias de seguridad nacional en el derecho comparado prevalecen para tenerlas en cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano?

## 5.1. Filipinas

La tarea de hacer cumplir y mantener la paz, así como asegurar de la seguridad ciudadana (Quintero Cordero, S. P., 2020) e interna es una de las funciones más importantes del gobierno. En Filipinas, la Policía Nacional Filipina (PNP) y las Fuerzas Armadas de Filipinas (AFP) conjuntamente cumplen este deber.

La Policía Nacional Filipina (PNP) es un órgano civil y el principal instrumento de seguridad del país. Dependiendo del Ministerio del Interior y Gobierno Local (DILG), la PNP tiene la misión de prevenir el crimen, mantener la paz y el orden público, y asegurar; con la ayuda de la ciudadanía; la seguridad pública e interna. Las áreas en las que se desempeñan las unidades de apoyo operativo de la PNP son las siguientes: grupo marítimo, laboratorio de investigación criminal, grupo de inteligencia, oficina policial de seguridad y protección, grupo de seguridad para la aviación, grupo contra el narcotráfico, grupo de detección, y grupo de control de la circulación. La PNP tiene aproximadamente 120.000 efectivos.

Para responder al fenómeno creciente de los crímenes internacionales, el Centro Filipino para los Crímenes Transnacionales fue creado en

enero de 1999. Este centro desarrolló un proyecto basado en la capacitación nacional para la lucha contra la criminalidad región de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN). Entre sus recursos de investigación poseen un banco central de datos compartido con otros instrumentos gubernamentales en donde archivan información sobre criminales, sus métodos, detenciones y sentencias.

Las Fuerzas Aéreas llevan a cabo operaciones para proteger la soberanía y la integridad territorial del país, mientras el Ejército se ocupa de operaciones terrestres. Las Fuerzas Armadas tienen aproximadamente 100.000 efectivos en las tres ramas: 65.000 en el Ejército, 15.000 en las Fuerzas Aéreas, y 20.000 en la Marina.

La Marina se encarga de defender las aguas territoriales del país, proteger la zona económica exclusiva, apoyar en las operaciones de seguridad interna, hacer cumplir las leyes marítimas, y llevar a cabo operaciones de rescate durante ocasiones de desastres y otras emergencias. Las Fuerzas Aéreas llevan a cabo operaciones aéreas para proteger la soberanía y la integridad territorial del país, mientras el Ejército se ocupa de operaciones terrestres. Las Fuerzas Armadas tienen aproximadamente 100.000 efectivos en las tres ramas: 65.000 en el Ejército, 15.000 en las Fuerzas Aéreas y 20.000 en la Marina.

Mientras las Fuerzas Armadas de Filipinas se responsabilizan directamente de la defensa externa del país, sus recursos limitados son utilizados a la vez para cumplir con tareas de seguridad interna, particularmente en combatir los grupos rebeldes como el Nuevo Ejército Popular (NPA) y las organizaciones separatistas musulmanas en el sur del país.

## 5.2. Salvador

Los objetivos de la Defensa Nacional son: “Mantener la soberanía del Estado y la integridad del territorio definidos por el Art. 84 de la Constitución”, en el cual se define el espacio terrestre, aéreo y marítimo que pertenece a El Salvador, sobre los cuales el Estado ejerce jurisdicción y soberanía. El territorio salvadoreño tiene el imperativo de ser irreducible. “Desarrollar y mantener un Sistema de Defensa Nacional moderno

y adecuado a la realidad de El Salvador”; y “Contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”. “Mantener la inviolabilidad de la Soberanía y la independencia de El Salvador y el ejercicio de su libertad de acción, así como la integridad de su patrimonio material e identidad nacional, tanto en el campo interno como en el externo”; además, cumpliendo los objetivos y finalidades enunciadas anteriormente, junto con los establecidos en la Constitución de la República relacionados con la Defensa Nacional, constituyen objetivos nacionales permanentes, los cuales son las aspiraciones políticas, económicas y sociales del país.

Estos objetivos, al interpretarlos y conjugarlos con la disponibilidad de recursos y las necesidades en materia de Defensa Nacional, son desarrollados por el Gobierno legalmente constituido, quien los traduce en objetivos nacionales actuales, convirtiéndolos en las metas que el gobierno puede y se propone alcanzar en un período determinado.

En términos generales, los objetivos nacionales actuales son la esencia para estructurar la Política de Defensa de un período determinado, de la cual se deriva la Política Militar correspondiente.

El Ministerio de la Defensa Nacional de El Salvador es uno de los organismos superiores de la Fuerza Armada de este país. Es presidido por el Ministro de la Defensa, quien tiene como función principal asesorar al Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada, en lo relativo a la política de defensa nacional. Asimismo, ejerce la Dirección Superior de la Secretaría de Estado, y es el conducto de comunicación de todas las órdenes y disposiciones emanadas de la Comandancia General hacia los diferentes escalones de mando de la Fuerza Armada, a través del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada.

El Ministerio de la Defensa Nacional está integrado por el Ministro y el Viceministro del ramo, las Direcciones Administrativas y las Jefaturas de Departamento con su personal subalterno. Asesoran a esta Secretaría de Estado, la Junta de Jefes de Estado Mayor y otros entes que precise en su misión, tales como los Estados Mayores Especiales.

### 5.3. Irlanda del Norte

Las Fuerzas de Defensa Irlandesas incluyen la Armada, la Marina, la Fuerza Aérea y la Fuerza de Reserva de la República de Irlanda. Michael D. Higgins, como presidente de Irlanda, es formalmente comandante supremo de las Fuerzas de Defensa Irlandesas, pero en la práctica responden al Gobierno irlandés a través del ministro de Defensa. Las Fuerzas de Defensa consisten en:

- Fuerzas de Defensa Permanentes
- Ejército
- Servicio naval
- Cuerpo aéreo
- Reserva de las Fuerzas de Defensa; Reserva del Ejército y Reserva del Servicio Naval

## Conclusiones

La JEP en su ámbito de aplicación junto con la misión legal y reglamentaria que se está llevando a cabo en Colombia, deberá articular interinstitucional y legalmente los postulados normativos a los que enfrenta cada día. Pues como se pudo demostrar en el presente artículo de investigación, esta articulación deberá cumplir tanto con los postulados internacionales al ser Colombia Estado Parte y ratificar por medio de tratados internacionales la competencia tanto del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; así, podrá evidenciarse, que la competencia que recaiga sobre la JEP para investigar, sancionar y juzgar crímenes atroces a lo largo de su jurisdicción sea equivalente a los postulados nacionales que Colombia implementa mediante su bloque de constitucionalidad.

Aunque la RDM se derive tanto del elemento subjetivo como de su elemento objetivo (estudio que no pertenece al eje central de la presente

investigación y que por lo pronto no se desarrolló), es necesario esclarecer que este tipo de medida en concordancia con los postulados a los que se enfrenta nacional e internacionalmente, deberán ser entendidas dentro de todas las medidas necesarias, razonables, legales y reglamentarias que Colombia como Estado, dentro de una nueva justicia transicional (Sierra Zamora, 2018, pp. 3-9)<sup>28</sup> abarca para el adecuado desarrollo interinstitucional que quiere integrar en el desarrollo del Acuerdo de Paz (Fernández-Osorio, A., 2019) (Cubides Cárdenas, 2017)<sup>29</sup>.

Por lo mismo, y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación al que hicimos referencia con anterioridad, se deberá reglamentar por alguna vía (bien sea legislativa o jurisprudencial) la figura de la RDM para militares de la fuerza pública ya que para los miembros de las FARC esta figura está delimitada al Acuerdo de Paz (Cubides Cárdenas, et al, 2018, pp. 178-193)<sup>30</sup> y es claro que su ámbito de aplicación empezará a jugar un rol muy importante y fundamental para el debido desarrollo de la competencia de la JEP. Porqué, porque como dijimos con anterioridad, ese ámbito de aplicación tanto para unos como para otros derivará de los postulados internacionales y de los terceros intervinientes que se queden por fuera de la competencia de la JEP y sean juzgados a competencia de la CPI, a petición de este.

---

28 Para más información, véase: Sierra-Zamora, P. A. (2018). La tutela de los Derechos Humanos en situaciones de postguerra: el caso colombiano. Working Paper. Revista Científica “General José María Córdova”, 2, pp. 3-9.

29 Para más información, consúltese: Cubides Cárdenas, J., Barreto Cifuentes, P. A., Castro Buitrago, C. E., Castro Ortiz, J., Chacón Triana, N., Garay Acevedo, C. P. y Rodríguez Bejarano, C. (2017). Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.

30 Para más información, véase: Cubides Cárdenas, J. C., Ynfante, J. C. y Benítez, E. R. (2018). La Implementación del Acuerdo de Paz y la Seguridad en Colombia en el Posconflicto/The Peace Agreement Deployment and Security in Colombia in the Post-Conflict. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, pp. 178-193.