

## Contenido y Alcance del Acto Preparatorio Punible de Ordenar en el Artículo (8) (2) (e) (viii) del Estatuto de Roma

*Clínica Jurídica Internacional – Universidad del Rosario (Colombia)*<sup>1</sup>

### I. Introducción

1. La Unidad de Víctimas de la Fiscalía de la CPI envió en agosto de 2015 a la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario la siguiente pregunta:

*“En cuanto al rechazo de la cámara de la solicitud de autorización para apelar presentada por la Defensa en el caso Ntaganda contra la “Solicitud de Defensa de autorización para apelar la decisión sobre la confirmación de los cargos de fecha 09 de junio 2014” de la Sala de cuestiones preliminares I, No ICC-01/04-02/06-322, 7 de Julio de 2014), el artículo 8(2)(e)(viii) del Estatuto de Roma requiere que la Fiscalía demuestre que una orden específica fue dada por el autor para ejecutar el desplazamiento ilegal de la población civil? ¿Y cuál es la relación (semejanzas y diferencias) entre el delito de desplazamiento ilegal en virtud del artículo 8 (2) (e) (viii) del Estatuto de Roma, y el crimen de persecución en virtud del artículo 7 (1) (h)? En términos más generales, ¿cuál es el ámbito de aplicación del crimen de guerra de desplazar a la población civil en virtud del artículo 8 (2) (e) (viii) del Estatuto de Roma? Por favor, incluya en su respuesta un análisis de la historia de la redacción de la disposición pertinente (s) del Estatuto de Roma y los Elementos de los crímenes, así como de la jurisprudencia pertinente de otros tribunales penales internacionales sobre el crimen de guerra de desplazar a la población civil.”*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado por: Agustín Elías Martínez ([elias.martz140@gmail.com](mailto:elias.martz140@gmail.com)); Álvaro Pio Jaramillo García ([piojaramillo@gmail.com](mailto:piojaramillo@gmail.com)); Andrea Guadarrama Prado ([aguadar@alumni.nd.edu](mailto:aguadar@alumni.nd.edu)); Bernardo Restrepo Noriega ([restrepon.jose@urosario.edu.co](mailto:restrepon.jose@urosario.edu.co)); Daniela Rodríguez Cuenca ([danielrodriguezcuena@gmail.com](mailto:danielrodriguezcuena@gmail.com)); Daniela Suárez Vargas ([suarezv.daniela@gmail.com](mailto:suarezv.daniela@gmail.com)); Juan Sebastián Tole Ramírez ([tole.juan@urosario.edu.co](mailto:tole.juan@urosario.edu.co)); Kerrin Buck ([kerrinbuck@gmail.com](mailto:kerrinbuck@gmail.com)); Laura Daniela González Guerrero ([gonzalez.laura@urosario.edu.co](mailto:gonzalez.laura@urosario.edu.co)); María Elvira Guerra Cújar ([mariaaguerrac@gmail.com](mailto:mariaaguerrac@gmail.com)); Melissa Macher Reyes ([machermelissa@gmail.com](mailto:machermelissa@gmail.com)); William Benjumea de Lima ([benjumea.william@urosario.edu.co](mailto:benjumea.william@urosario.edu.co)); bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo Alonso en el marco de la Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario.

2. La Clínica Jurídica Internacional entiende que la pregunta en cuestión se refiere en primer lugar a si la “orden” de desplazamiento puede ser construida como un delito autónomo, punible en sí mismo y no dependiente de la ejecución del desplazamiento. Para dar respuesta a ésta problemática jurídica se ha recurrido al análisis y comparación de doctrina, derecho sustantivo y jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la propia Corte Penal Internacional. Nuestra conclusión es que la “orden” puede ser desarrollada como un delito autónomo en virtud del artículo 8(2) (e) (viii) del Estatuto de Roma, en el cual se tipifica el “ordenar” el desplazamiento forzado como acto preparatorio punible<sup>2</sup>.
3. En segundo lugar, es necesario definir el alcance y los elementos del delito ya que la Corte Penal Internacional carece de jurisprudencia que sustente su aplicación. Para lograr este objetivo, se han analizado los aportes doctrinales y jurisprudenciales de los tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional de (i) la figura de los “actos preparatorios punibles”, (ii) la “orden” como forma de responsabilidad penal individual, (iii) el “control efectivo”, (iv) la “autoría mediata” y (v) la “necesidad militar”. Lo anterior contribuirá a determinar el posible alcance y los elementos del acto preparatorio punible de “ordenar” en el art. 8(2) (e) (viii) del Estatuto de Roma.

## **II. La configuración del “ordenar el desplazamiento de la población civil” como un acto preparatorio punible, y su relación con el crimen de lesa humanidad de desplazamiento forzado: Doctrina y trabajos preparatorios del artículo 8(2) (e) (viii) del Estatuto de Roma.**

4. La prohibición de ordenar el desplazamiento forzado está contemplada en tres instrumentos: (i) En el artículo 17 del Protocolo Adicional II<sup>3</sup>; (ii) En la regla 129 (B) del estudio de derecho consuetudinario de la Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)<sup>4</sup>; y (iii) En el artículo (8) (2) (e) (viii) del Estatuto de Roma (ER), que tipifica la orden del desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> 8(2) (e) (viii) (...) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.

<sup>3</sup> El Protocolo Adicional II, que regula los conflictos armados de carácter no internacional, en su artículo 17 establece que: (i) No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas (ii) Que no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

<sup>4</sup> La regla 129 (B) del estudio de derecho consuetudinario de la CICR contempla la prohibición de ordenar, total o parcialmente, el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto.

<sup>5</sup> Los elementos de los crímenes requieren: (i) Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil; (ii) que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares; (iii) que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.

5. El artículo 17 del Protocolo Adicional II prohíbe el desplazamiento forzado de civiles en sí mismo y no simplemente la orden de desplazar<sup>6</sup>. Para autores como Willms, esta es la interpretación que mejor se ajusta al objeto y fin del tratado, en cuanto este busca “asegurar una mayor protección de las víctimas en conflictos armados”<sup>7</sup>. Si se tipificara exclusivamente la orden de desplazar, se estaría alentando a los gobiernos y grupos insurgentes al uso de medios indirectos de coerción para el desplazamiento de la población civil.<sup>8</sup> Los trabajos preparatorios del protocolo fortalecen esta interpretación, en ellos, la frase desplazamiento forzado, fue usada entendiendo que “forzado” incluía tanto medios directos como indirectos.<sup>9</sup>
6. En este sentido, casi toda la legislación y jurisprudencia de los tribunales nacionales va dirigida a la prohibición del acto del desplazamiento forzado sin necesidad de una orden<sup>10</sup>. Así mismo, existen diversas resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que condenan el desplazamiento forzado sin hacer referencia al requerimiento de una orden<sup>11</sup>. De las resoluciones se puede inferir que todos los países firmantes implícitamente concuerdan en que la existencia de una orden no es necesaria para condenar el desplazamiento forzado.
7. El CICR en la regla 129 (B) de su estudio sobre derecho consuetudinario, establece que las partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas. El CICR sostiene que las partes en conflicto deben evitar el desplazamiento causado por sus propios actos<sup>12</sup>, en particular por aquellos actos que

---

<sup>6</sup> Jan Willms. Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict. *International review of the Red Cross*. Volumen 91 Número 875 Septiembre 2009. P. 547-565. Disponible en la web: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-875-willms.pdf>. [Consultado por última vez 16/09/2014]

<sup>7</sup> Preámbulo del Protocolo Adicional II.

<sup>8</sup> Jan Willms. Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict. *International review of the Red Cross*. Volumen 91 Número 875 Septiembre 2009. P. 551. Disponible en la web: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-875-willms.pdf>. [Consultado por última vez 16/09/2014].

<sup>9</sup> ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts 24 May–12 June 1971, Vol. VI, p. 29, fn. 9 (background document for the Conference based on expert consultations).

<sup>10</sup> The following instances of practice contain an explicit reference to non-international armed conflict: Canada’s Law of Armed Conflict (LOAC) Manual (2004), p. 17-6 (under the heading of violations of Additional Protocol II); Colombia’s Basic Military Manual (1995), p. 77; Netherlands, Military Manual (1993), p. IX-7; New Zealand, Military Manual (1992), para. 1823(1); Georgia, Criminal Code (1999), Article 411(2) (f) (...). También se puede encontrar esta práctica en múltiples tribunales nacionales, por ejemplo, el tribunal constitucional colombiano condena el desplazamiento forzado, usando la prohibición del Protocolo Adicional II, sin requerir la orden para condenarlo (December 1994, implementing this Protocol, Judgement, Constitutional Case No. C-225/95, 18 May 1995, para. 33.). Citado en Jan Willms, without order anything goes?

<sup>11</sup> Resolución 1556 de 2004 que condena la situación de desplazamiento forzado en Darfur sin referirse a una orden como parte de la prohibición, únicamente se proscribe el desplazamiento fáctico. La resolución 55/116 que trata la situación en Sudán que condena en el marco del conflicto, los desplazamientos forzados sin hacer mención o discutir una orden. Igual pronunciamiento se hizo en la Resolución 61/232 respecto a la situación en Myanmar.

<sup>12</sup> Así lo establecen los principios rectores del desplazamiento interno. Vid. Jean-Marie Henckaert & Louise Doswald Beck. *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*. United Kingdom, Cambridge: Cambridge University press. 2005. P. 461.

se encuentran prohibidos como tales<sup>13</sup>. De esta forma el CICR prohíbe tanto el uso de medios directos, como de medios indirectos, que ocasionen el desplazamiento.

8. En relación artículo 8 (2) (e) (viii) del ER, la doctrina que desarrolla este tema está dividida. Por un lado, se sostiene que el ámbito material de aplicación de este delito deber ser analizado de forma amplia. Esto significa que la expresión “ordenar” debe ser interpretada de manera que la acción deliberada provoque el desplazamiento, de acuerdo con el objeto y fin de la propuesta original que se empleó respecto de la prohibición del desplazamiento forzado en el Protocolo Adicional II, tratándolo como aquel que es *ordenado o compelido*<sup>14</sup>.
9. Una segunda posición<sup>15</sup> sostiene, que el artículo 8 (2) (e) (viii) del ER castiga solamente la emisión de la orden misma de desplazamiento como un acto preparatorio, independientemente de si la misma ocasiona o no el comienzo de la ejecución del acto de desplazamiento<sup>16</sup>. Además, no incluiría ninguna actividad distinta del ordenar, como por ejemplo la instigación, que pueda ir dirigida directa o indirectamente a provocar dicho desplazamiento. En apoyo de esta posición, Dörmann sostiene que el primer elemento del crimen fue redactado para subrayar la responsabilidad penal del individuo que da la orden, y no de quien realiza el desplazamiento en ejecución de la misma<sup>17</sup>.
10. Si bien el origen de artículo 8(2) (e) (viii) del ER se encuentra en el artículo 17 del Protocolo Adicional II, que ha sido interpretado por el CICR como incluyendo la obligación de las partes en conflicto de no realizar actos que directa o indirectamente puedan dar lugar al desplazamiento de la población civil, lo cierto es que la interpretación literal de buena fe del artículo 8(2)(e)(viii) del ER es clara en

---

<sup>13</sup> Principle 5. All authorities and international actors shall respect and ensure respect for their obligations under international law, including human rights and humanitarian law, in all circumstances, so as to prevent and avoid conditions that might lead to displacement of persons. Guiding principles of internal displacement. Section II - Principles Relating to Protection from Displacement.

<sup>14</sup> Sandesh Sivakumaran. *The Law of Non-International Armed Conflict*. Oxford University press. pp. 285.

<sup>15</sup> Carlyn M. Carey menciona la imposibilidad de aplicar el Protocolo adicional II en el conflicto de Kosovo, ya que si no se emitió una orden a las FFAA del gobierno Albanes el TPIY no podría encontrar una violación del PA II. Carlyn m. Carey. *Internal displacement: is prevention through accountability possible? a kosovo case study*. American University Law Review, Vol. 43, 1999, p. 267. De igual forma, Roch sostiene que sin una orden, el TPIY, no podría encontrar una violación al PA. Michael P. Roch, *Forced Displacement in the Former Yugoslavia: A Crime Under International Law?*. Pág. 14 Dick. J. Int'l L. 1 1995-1996. p. 16.

<sup>16</sup> Según Byron, quien cita a Zimmerman, la disposición “ordenar” restringe la ofensa a situaciones donde una orden de desplazamiento de civiles, se emite y no incluiría circunstancias donde los civiles se sienten compelidos a escapar por los peligros del conflicto. Byron, Christine. Melland Schill. *Studies in International Law: War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal*. P. 184.

<sup>17</sup> Elements of war crimes under the Rome statute of the international criminal court. Kunt Dorman. International committee of the Red Cross. United Kingdom: Cambridge university press. 2003. p. 472.

el sentido de que la conducta tipificada es aquella de “ordenar el desplazamiento de la población”.

11. La precisión de la expresión utilizada en el artículo 8(2) (e) (viii) del ER para definir el delito de “ordenar el desplazamiento”, unido al principio de interpretación estricta de la definición de los delitos y a la prohibición de la analogía, ambos recogidos en el artículo 22(2) del ER, excluye el recurso a otros criterios interpretativos contenidos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a los efectos de extender el ámbito material de aplicación del delito de “ordenar el desplazamiento”.
12. En consecuencia, si bien conforme al artículo 17 del Protocolo Adicional II, la responsabilidad de las partes en un conflicto armado de carácter no internacional se extiende a actos directos e indirectos que provocan el desplazamiento de la población civil, lo cierto es que el ámbito de la responsabilidad penal surge conforme al artículo 8(2) (e) (viii) del ER, sólo se extiende al acto de ordenar el desplazamiento como tal, con independencia de que la orden acabe o no provocando la ejecución del desplazamiento buscado por la misma.
13. De esta manera, entendemos que el artículo 8(2) (e) (viii) del ER, recoge el segundo tipo de acto preparatorio punible previsto en el Estatuto de Roma: el primero es la instigación pública y directa a cometer genocidio prevista en el artículo 25 (3) (g) del ER. Según esta última disposición, el acto de provocar a un tercero a que cometa un delito da lugar por sí mismo a responsabilidad penal siempre y cuando sea “público” y “directo”<sup>18</sup>. No es de ninguna manera necesario probar que se produjo el resultado genocida buscado con el acto de instigación, ni tan siquiera que se comenzó a ejecutar dicho acto genocida<sup>19</sup>. Por su parte, desde una perspectiva subjetiva, el acto de instigación tiene que darse con la intención de provocar que otros cometan el genocidio<sup>20</sup>, lo cual implica la voluntad del instigador de crear en la persona del el incitado el estado mental necesario<sup>21</sup>.
14. El Prof. Cassese, considera en este sentido, que los actos preparatorios punibles contenidos en el ER no se limitarían a estos dos, sino que incluirían la emisión de toda orden que instruya la comisión de cualquiera de los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, para este autor, quien emite una orden ilícita puede ser juzgado incluso si la misma no fue llevada a cabo por sus subordinados. Para ello, sería suficiente con que el superior tenga la intención de que se ejecute la orden y sepa que la misma se dirige a ocasionar un delito la competencia de la CPI. Cassese se refiere como antecedentes de su interpretación a

---

<sup>18</sup> Prosecutor vs. Akayesu. Par. 554, Par. 555, Par. 556, Par. 558.

<sup>19</sup> Prosecutor vs. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze. Par. 678

<sup>20</sup> Trabajos preparatorios de la Convención para la prevención del Genocidio.

<sup>21</sup> Prosecutor vs. Akayesu Par. 560.

los casos de Jacob H. Smith y Wilhelm List en Núremberg<sup>22</sup>. Sin embargo, su opinión no es compartida por el resto de la doctrina, ni por la jurisprudencia internacional, que entienden que, a menos que se recoja expresamente en la norma penal (como es el caso del artículo 8(2) (e) (viii) del ER), la responsabilidad por ordenar es según el Derecho Internacional Penal una forma de participación punible en un delito consumado (o al menos intentado).

15. En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que será necesario acudir a otros tipos penales recogidos en el Estatuto de Roma, como el crimen de lesa humanidad de desplazamiento forzado previsto en el artículo 7(1)(i) del ER, si se quiere afirmar la existencia de responsabilidad penal por actos distintos de ordenar, que directa o indirectamente hayan terminado provocando el desplazamiento de la población civil. En estos casos, será necesario que se haya consumado, o al menos iniciado la ejecución del acto de desplazamiento. Además, tendrá que probarse la concurrencia de los elementos contextuales comunes a todos los crímenes de lesa humanidad, de manera que el acto de desplazamiento forme parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización.

### **III. Elementos objetivos y subjetivos de la orden constitutiva de responsabilidad penal**

16. Según los Elementos de los Crímenes, el crimen de guerra de ordenar desplazar a personas civiles, contiene los siguientes elementos:
  1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
  2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.
  3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.
  4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
  5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

<sup>22</sup> Baig Laures, Cassese Antonio, Fan Mary, Gaeta Paola, Gosnell Christopher, Whiting Alex. *International Criminal Law*. Oxford (Oxfordshire, Inglaterra) Oxford University Press 2008. Pág 204.

17. En esta sección se analizarán los elementos de la “orden”, así como las situaciones específicas en las que podría configurarse. Para ello, y ante la ausencia de jurisprudencia sobre la “orden” como acto preparatorio punible, estudiaremos la jurisprudencia existente sobre la “orden” como forma de participación punible en un delito consumado o intentado. Posteriormente, en las siguientes dos secciones analizaremos el requisito de que “el autor haya estado en situación de causar el desplazamiento mediante la orden” y la ausencia de justificación basada en razones de seguridad o necesidad militar. Los dos últimos elementos, al ser comunes a todos los crímenes de guerra, no serán objeto del presente memorial.
18. La jurisprudencia de los Tribunales ad hoc establece que la “orden”, como forma de responsabilidad, está compuesta por dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero requiere que la orden (ya sea implícita o explícita, oral o escrita), sea emitida por un superior que se encuentra en posición de autoridad frente al autor material, o comandante intermedio, que recibe la orden<sup>23</sup>. En consecuencia, es perfectamente posible una cadena de órdenes a través de varios niveles de comandantes intermedios.
19. Al configurarse la responsabilidad por ordenar el desplazamiento como un acto preparatorio punible, donde no es necesario que se alcance la fase de ejecución, la posición de autoridad tiene que entenderse como relativa a aquellos frente a quienes se emite la orden. En consecuencia, para probar la “posición de autoridad” es necesario en primer lugar identificar a aquellos a quienes se les ha emitido la orden y sus posiciones dentro del grupo de que se trate.<sup>24</sup>
20. Es importante, subrayar que la posición de autoridad del superior que emite la orden se puede tener respecto a pequeños grupos armados, con una capacidad operativa limitada (p.e. pequeños grupos paramilitares). Así mismo, también se puede tener frente a comandantes intermedios o autores materiales que no pertenecen a la misma organización. Este es el caso del comandante militar a cargo del área en el que opera un grupo paramilitar, a cuyo jefe ordena la comisión por su grupo de ciertos delitos.<sup>25</sup> De ahí, que para probar la “posición de autoridad” no sea necesario

---

<sup>23</sup> Setako, TPIY, SCP I, para. 240. Ver También: Popović, TPIY, Corte, para. 1012. Simplemente debe probar algún tipo de posición de autoridad por parte del acusado que obligaría al otro a cometer el crimen siguiendo sus órdenes. Semanza, TPIY, SA, para. 361. Ver también: Galić, TPIY, SA, para. 176. Stakić, TPIY, SCP I, para. 369. Dario Kordić, TPIY, SA, para. 28.

<sup>24</sup> Galić, TPIY, SA, para.176. Olasolo, p.623

<sup>25</sup> Kamuhanda, TPIR, SA, para. 76. El acusado no necesita dar una orden directa a la persona que comete el crimen y la orden no necesita darse por escrito o de alguna manera en particular.

demostrar primero una “relación de supra-subordinación”. Esta última constituye únicamente un indicador de dicha “posición de autoridad”.<sup>26</sup>

21. Otra cuestión que debe ser aclarada respecto al elemento objetivo de la “orden” es que no es posible concebir que se imparta mediante una omisión en ausencia de un acto positivo previo.<sup>27</sup> Sin embargo, a pesar de que las omisiones no son órdenes, sí pueden ser consideradas como pruebas circunstanciales de la existencia de un acto positivo previo de ordenar.<sup>28</sup>
22. En cuanto al elemento subjetivo, este dependerá de la línea jurisprudencial que se siga en la Corte Penal Internacional. Si se sigue lo establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares I que acepta el dolo eventual, la persona que ordena solo deberá tener conciencia de la probabilidad sustancial de que con su orden generará la comisión del acto de desplazamiento. Sin embargo, si se sigue la línea de la Sala de Cuestiones Preliminares II, que requiere como mínimo que el autor tenga un dolo directo de segundo grado, la persona tendrá que actuar con la conciencia de que la orden emitida es suficiente para generar el acto de desplazamiento<sup>29</sup>; en esta medida se actúa teniendo conciencia de la certeza, no de la probabilidad, de que se generará el acto de desplazamiento<sup>30</sup>.

#### **IV. Capacidad para provocar con la orden el desplazamiento ordenado**

23. Los elementos de los crímenes del delito de ordenar el desplazamiento de personas civiles requieren que “el autor haya estado en situación de causar el desplazamiento mediante la orden”. La doctrina y la jurisprudencia no han desarrollado hasta el momento el contenido de este elemento.
24. La Clínica Jurídica Internacional entiende que dicho elemento no hace referencia a la autoridad para ordenar del superior, pues en caso de que no existiese dicha autoridad, no nos encontraríamos ante una orden como tal. En consecuencia, en nuestra opinión, este elemento se refiere a dos supuestos: (i) Que aquél a quien se emite la orden tenga a su vez la autoridad para transmitir la orden a los potenciales

---

<sup>26</sup> Olasolo, p.622

<sup>27</sup> Galic, TPIY, SA, para.176. Olasolo, p. 623

<sup>28</sup> 625, cita 28 Sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 7), para. 177, 178.

<sup>29</sup> Olasolo, p. 629

<sup>30</sup> Esta construcción es compatible con aquella jurisprudencia de la CPI que acepta el dolo eventual como parte del artículo 30 del ER. Sin embargo, no es compatible con aquella otra jurisprudencia de la CPI que considera que el dolo eventual se encuentra fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 del ER. Según esta última, el superior deberá tener certeza (y no solo ser consciente de la probabilidad) de que la ejecución de la orden provocara la comisión del delito ordenado.



autores materiales; (ii) Que estos potenciales autores materiales tengan la capacidad para generar el acto de desplazamiento. Estos dos elementos nos llevan al problema del tipo de organización dentro de la cual se emite la orden de desplazar, o a las características del grupo a cuyo dirigente se le ordena, desde afuera del mismo, la comisión del acto de desplazamiento.

25. Será necesario que la organización de que se trate tenga el suficiente número de miembros, así como la capacidad logística y operacional, para implementar en el terreno la orden de desplazar.
26. Entre las organizaciones o grupos que tendrían la necesaria capacidad para ejecutar una orden de cometer actos de desplazamiento, se incluyen en primer lugar aquellas organizaciones en las que es aplicable el concepto de autoría mediata, al caracterizarse por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes de sus dirigentes, debido a su estructura jerárquica y al carácter fungible de sus miembros<sup>31</sup>. Entre las mismas se encontrarían, unidades del ejército, la policía, los servicios de inteligencia y otras instituciones estatales de carácter federal, regional e incluso local (particularmente en las grandes ciudades).
27. Igualmente, la autoría mediata es aplicable a organizaciones no estatales, que cumplan con el requisito de automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. Si bien, el caso Lubanga ha mostrado la dificultad de que una sola persona detente por sí misma el control de una organización no estatal, cuando existen dentro de la misma diversas tendencias, y los servicios de inteligencia de varios estados fomentan la división en la misma<sup>32</sup>.
28. Así mismo, entendemos que organizaciones que no tienen la característica de automaticidad en el cumplimiento de las órdenes (como ciertos grupos paramilitares, carteles del narcotráfico o grupos armados de oposición al gobierno) puedan poseer la capacidad organizativa, logística y operacional para ejecutar una orden de desplazamiento dada por sus propios comandantes, o por quienes tiene una posición de autoridad sobre estos últimos<sup>33</sup>. En todo caso, en este tipo de situaciones será necesario realizar un análisis caso por caso a la luz de factores tales como: (i) el carácter jerárquico de la organización y la posición de autoridad dentro de la misma de quien emite la orden; (ii) la extensión de la organización y el número de miembros de la misma; y (iii) la capacidad tecnológica, capacidad logística y

---

<sup>31</sup> Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo. Pág. 538 y 539. Sentencia de primera instancia en el caso Stakic. Para. 498, 493 Y 494.

<sup>32</sup> Confirmación de cargos en el caso Lubanga. Para. 375 y 376.

<sup>33</sup> Confirmación de cargos en el caso Ruto, Kosgey y Sang. Para 349. Ver también: Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, Para. 518. Ver también: Sentencia Primera instancia en el caso Stakic. Para. 497 y 498.

operativa de la que disponga la organización<sup>34</sup>. Así mismo, también será un factor importante a tener en cuenta en aquellas situaciones en que la orden de desplazamiento haya sido finalmente ejecutada, el hecho de que la misma haya dado efectivamente lugar a la realización del acto de desplazamiento ordenado.

## V. Ausencia de justificación por razones de seguridad o necesidad militar.

29. Los Elementos de los Crímenes del artículo 8 (2) (e) (viii) del ER incluyen como elemento negativo del tipo penal, que excluye la tipicidad del ordenar un acto de desplazamiento<sup>35</sup> no voluntario<sup>36</sup>, aquellos supuestos en que la orden se encuentra justificada por razón de la seguridad de las personas civiles objeto de la misma o por necesidades militares. En consecuencia, para excluir la responsabilidad penal será necesario probar que (i) la seguridad de los civiles desplazados se encontraba en riesgo y la orden se dirigió a garantizar la misma; o (ii) existía una imperiosa necesidad militar y la orden fue resultado de la misma. Por lo tanto, se puede afirmar que el elemento negativo del tipo penal aquí comentado no justifica de ninguna manera el desplazamiento como una táctica de guerra que proporcione una ventaja militar, para facilitar la dominación de un área<sup>37</sup> y/o la realización de operaciones contra insurgentes<sup>38</sup>.

30. Es pertinente resaltar que el TPIY en los casos estudiados con respecto al desplazamiento no hace una diferencia conceptual entre aquellos que son legales debido a razones de seguridad, y los que están justificados por una imperiosa necesidad militar<sup>39</sup>. Lo que el TPIY hace es analizar los criterios generales de

---

<sup>34</sup> Confirmación de casos en el caso Ruto, Kosgey y Sang. Para 349. Ver también: Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, Para. 518. Ver también: Sentencia Primera instancia en el caso Stakic. Para. 497 y 498.

<sup>35</sup> Es pertinente aclarar que en el art. 49 de la IV Convención de Ginebra se prohíbe por regla general cualquier tipo de traslado o desplazamiento involuntario de la población tanto dentro del territorio ocupado como fuera de él. Sin embargo, por razones de imperiosa necesidad militar o por razones de seguridad se permite la evacuación de la población; medida que debe ser provisional. Tomado de *Naletilić & Martinović*. TPIY. Caso N° IT-98-34. Para 514-518.

<sup>36</sup> Frente al carácter voluntario del desplazamiento, caso en que dicho traslado es permitido, se ha establecido en la interpretación del artículo 49 de la IV Convención de Ginebra que se debe evaluar el contexto en el que dicho consentimiento se ha dado, pues puede ser producto de la coerción directa o indirecta sobre la población del territorio ocupado, y de allí que esté viciado, haciendo que dicho traslado sea ilegal. Tomado de *Naletilić & Martinović*. TPIY. Caso N° IT-98-34. Para 519.

<sup>37</sup> Ver, Byron. *Studies in International Law: War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the international criminal court* P. 18

<sup>38</sup> Ver caso Colombia en: Mélanie Jacques. *Armed conflict and displacement, de protection of refugees and displaced persons under international humanitarian law*. United Kingdom: Cambridge University press.2012. Pág 56.

<sup>39</sup> Ver *Naletilić & Martinović*. TPIY. Caso N° IT-98-34. Para 514-518. Ver *Krstic*. TPIY. Caso N° IT-98-33-T. Para 524-527. Ver *Krnolejac*. TPIY. Caso N° IT-97-25-T. Para 475. Ver *Tadić*. TPIY. Caso N° IT-95-9-T Para 125. Ver *Martić*. TPIY. Caso N° IT-95-11-T. Para 107-109. Ver *Brđanin*. TPIY. Caso N° IT-99-36-T. Para 540 y 556. Sin

evacuación recogidos en la IV Convención de Ginebra, y realizar a continuación una comparación con los hechos del caso para confirmar si se ajustan o no a los requisitos procedimentales establecidos.

31. De esta manera, el TPIY considera que para que un desplazamiento involuntario sea legal (evacuación) deben seguirse las siguientes condiciones establecidas en el artículo 49 de la IV Convención de Ginebra: (i) la evacuación deberá realizarse

---

embargo, en contextos distintos al análisis del delito de desplazamiento forzado, el TPIY sí ha desarrollado la definición del concepto de necesidad militar. Así, según el TIPY este concepto está íntimamente relacionado con el objetivo primario del conflicto armado, cual es el sometimiento total del enemigo lo más pronto posible, con el mínimo de gasto de personal y recursos. Fue formulado en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, que toma el concepto de necesidad militar que se encuentra en el Código de Lieber de 1863, primer antecedente que se tiene sobre el principio de necesidad militar. El código nos dice en su artículo 14 que “la necesidad militar, tal como la entienden las naciones modernas y civilizadas, consiste en la necesidad de tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el moderno derecho y los usos de la guerra”; y en su artículo 16 que “La necesidad militar no admite la crueldad -es decir, infligir sufrimientos por hacer sufrir o como venganza o, lisiar o herir a alguien fuera del combate, o torturar para conseguir confesiones. No admite, de ningún modo, la utilización de veneno ni fa devastación deliberada de un distrito”. Véase Principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Revista marina.cl pág. 232.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, refiriéndose a este principio ha indicado que el principio de necesidad militar justifica aquellas medidas de violencia militar que no están proscritas por el Derecho Internacional, que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible de vidas humanas y recursos económicos. El principio de igual forma es mencionado en la IV Convención de la Haya en los siguientes artículos: “Artículo 23 (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra.”; Art. 49. Si además de los impuestos previstos en el artículo precedente el ocupante recauda otras contribuciones en dinero en el territorio ocupado, no lo podrá hacer sino para atender a las necesidades del ejército o a la administración del territorio.; y Art. 52. No podrán exigirse empréstitos en especie y servicios del común o de los habitantes sino para atender a las necesidades del ejército que ocupe el territorio. Serán proporcionados a los recursos del país y de tal naturaleza que no impliquen para los habitantes la obligación de tomar parte en las operaciones de la guerra contra su país”. IV Convención de la Haya. IV Convención de la Haya.

Existe sin embargo una diferencia conceptual entre el análisis de la necesidad militar propia del Derecho de la Haya, y el análisis derivado de la aplicación los principios de distinción y proporcionalidad propia del Derecho de Ginebra. Esta distinción ha tenido particular relevancia en el marco del artículo 3(b) del ETPIY. Esta disposición se refiere a “la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o la devastación no justificada por necesidades militares”. Se ha discutido en la doctrina si existe una distinción entre “la destrucción arbitraria” (dirigida contra bienes civiles, indiscriminada o desproporcionada) como es concebida en el derecho de Ginebra, y “la devastación justificada por necesidad militar” derivada del derecho de la Haya. La jurisprudencia del TPIY ha tratado ambos modelos de manera separada en casos como *Hadzihasanovic y Kubura*<sup>39</sup>. En estos casos, se ha desarrollado por un lado el análisis exigido por el Derecho de la Haya, conforme al cual sería suficiente con mostrar la existencia de necesidad militar para justificar la destrucción. A continuación, se ha llevado a cabo el análisis propio del Derecho de Ginebra, conforme al cual la necesidad militar sólo justificaría la destrucción si la misma hace que los bienes objeto de ataque sean calificados como objetivos militares, y si los daños civiles colaterales esperados no son manifiestamente excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa anticipada. Vid. *Prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura*, Case No. IT-01-47-AR73.3, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Para. 29 (Mar. 11, 2005).

Sin embargo, en otros casos como *Strugar*, el TPIY no realiza esta distinción y ambos conceptos son tratados como sinónimos. De esta manera, se afirma la necesidad militar sólo es relevante en el marco de la aplicación de principio de distinción y del análisis del proporcionalidad. Vid. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Case No. IT-01-47-AR73.3. Para. 295 (Enero. 31, 2005). En el mismo sentido, la sentencia del caso *Galic* afirma que para determinar la necesidad militar de un ataque, ésta deberá ser evaluada por quien va a realizar el mismo, de acuerdo a la información con la que se cuenta sobre el objeto y el test de proporcionalidad que deberá ser realizado caso por caso. Vid. *Prosecutor v. Pavle Strugar*. Case No. IT-01-47-AR73.3. Para. 295 (Enero. 31, 2005). En consecuencia, se puede afirmar, que en estos casos, el TPIY realiza un análisis que parte de la interpretación de la necesidad militar desde el Derecho de la Haya, para posteriormente subsumir dicha necesidad militar en la aplicación del principio de distinción y del test de proporcionalidad previstos en el Derecho de Ginebra.

total o parcialmente en una determinada región ocupada, (ii) la evacuación deberá limitarse al interior del territorio ocupado, salvo que exista imposibilidad material para hacerlo, (iii) cuando cesen las hostilidades que han justificado el desplazamiento temporal, la población que haya sido evacuada deberá retornar a sus respectivos hogares, (iv) las personas protegidas que vayan a ser objeto de traslado o evacuación, deberán ser acogidas en instalaciones adecuadas así como también efectuarse la evacuación en determinadas condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, (v) las personas protegidas no serán separadas de sus familiares, y (vi) la Potencia protectora deberá ser informada por la Potencia ocupante acerca de los traslados y de las evacuaciones<sup>40</sup>. El Protocolo Adicional II siguen en gran medida esta regulación<sup>41</sup>.

32. En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que incurre en todo caso en responsabilidad internacional penal el superior que dicta una orden de desplazar que no se ajusta al procedimiento establecido, que no afirma su naturaleza temporal y que no va acompañada del retorno de la población desplazada una vez que han desaparecido las circunstancias de seguridad o necesidad militar que pudieron justificarla en un primer momento.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Además, el artículo 49 de la IV Convención de Ginebra prevé también que no podrá retenerse a las personas protegidas en el territorio donde se encuentren expuestas a peligros de guerra, salvo que sea por necesidad militar o por razones de seguridad, y que la Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado.

<sup>41</sup> Art. 49. IV Convención de Ginebra.

<sup>42</sup> En el TPIY el desplazamiento trae responsabilidad cuando se genera de manera involuntaria, sea mediante coerción directa o indirecta. Es así que si bien puede obtenerse el consentimiento del desplazado, o que no haya oposición del mismo, esto no trae la legalidad al traslado de la población pues el consentimiento puede estar viciado por cuanto puede reinar un ambiente de terror, o puede darse en el marco de una persecución. De igual forma se ha dicho que el consentimiento de la persona no se entiende dado si existe un acuerdo entre los líderes militares o políticos de la población respecto del desplazamiento. Por otra parte, existe responsabilidad si la evacuación o movimiento de población es realizado, y una vez hayan desaparecido las circunstancias que dan origen al mismo, estas personas no son devueltas a su lugar de origen. Por este crimen entonces se es responsable bajo lo establecido en el artículo 7 (1) del TPIY el cual establece: “Artículo 7. Responsabilidad penal individual: 1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”. Ver *Naletilić & Martinović*. TPIY. Caso N° IT-98-34. Para 521-532; y *Stakić*. TPIY. Caso N° IT-97-24-T. Para 681- 712.