

LA RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO EN EL CASO DE LOS
MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA
LA PAZ DE COLOMBIA

JOHN ALEXANDER SERRANO FAJARDO

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
BUCARAMANGA

2020

LA RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO EN EL CASO DE LOS
MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA
LA PAZ DE COLOMBIA

JOHN ALEXANDER SERRANO FAJARDO

Tesis de grado para optar al título de magíster

Director:

Javier Alejandro Acevedo Guerrero

Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
BUCARAMANGA

2020

Dedicatoria

A DIOS, principio de todas las cosas, por guiarme durante toda mi vida brindándome sabiduría, paciencia y constancia en este camino de formación que hoy llega a un nuevo nivel, y aún continua.

A mi amada madre, Rosario, por su esfuerzo y dedicación y enseñarme que sin importar que todos digan que no es posible, se debe luchar por conseguir lo que se quiere.

A mis hermanos, Edwar; Elizabeth y en especial a mis negritas, Laura y Karol, mi primer pensamiento al despertar y a quienes debo las ganas de querer ser mejor cada día.

Un sincero agradecimiento a todos quienes me acompañaron y apoyaron en la realización de esta investigación

Especialmente a mi director de tesis, Dr. Javier Alejandro, maestro y amigo por sus invaluable aportes y orientación

A mi amada alma mater, mi segundo hogar, que, desde pregrado con su enfoque humanista, generó en mi la pasión por los derechos humanos y ha forjado el profesional comprometido con la sociedad que hoy soy.

A mi familia, por su incesante apoyo y motivación y por ser el motor que me impulsa en cada reto que emprendo

A mis amigos, los zorros, y a mi novia, Laura, por impulsarme en los momentos en que parecía que iba a desfallecer.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y SU APLICABILIDAD A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA DEL ESTADO.....	16
1.1 APROXIMACIONES CONCEPTUALES.....	16
1.2 CONTENIDO RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO.....	29
1.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO.....	38
1.4 SÍNTESIS DE CAPÍTULO.....	42
CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL.....	44
2.1 EL ACTO LEGISLATIVO 01/2017 RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO DE LA FUERZA PÚBLICA.....	44
2.2 SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA DISPOSICIÓN.....	61
2.3 SÍNTESIS DE CAPÍTULO.....	66
CAPÍTULO III: EFECTOS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR MANDO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ.....	68
3.1 LA INEXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE CAUSALIDAD ENTRE LA OMISIÓN DE LOS SUPERIORES Y LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS Y LA AUSENCIA DE REFERENCIA A LOS SUPERIORES CIVILES.....	68
3.2 EL CRITERIO ADOPTADO DE CONTROL EFECTIVO SOBRE LA RESPECTIVA CONDUCTA CRIMINAL Y EL CONOCIMIENTO BASADO EN LA INFORMACIÓN A DISPOSICIÓN DEL SUPERIOR ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA.....	70
CAPITULO IV: CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	76

RESUMEN

TITULO: LA RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO EN EL CASO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ DE COLOMBIA*

AUTOR: JHON ALEXANDER SERRANO FAJARDO**

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, línea de mando, jurisdicción especial para la paz, fuerza pública.

DESCRIPCIÓN: El 24 de noviembre de 2016 se firmó el Acuerdo de Paz entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP, dentro del cual se consagró el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), cuyo componente de Justicia debe materializarse a través de la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

El acto legislativo 01 de 2017 creador de la JEP, en lo concerniente a la responsabilidad de los altos mandos militares por crímenes cometidos con ocasión al conflicto, plantea un precepto básico que se ciñe a la idea central que: “La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”. Esta determinación genera un sin número de interrogantes en torno a si este tratamiento se encuentra ajustado a los estándares internacionales y si con este se podrán garantizar los derechos de las víctimas y evitar la impunidad.

En el presente trabajo se analiza el principio de responsabilidad de mando en la jurisprudencia y normativa internacional, concretamente en los conflictos armados no internacionales y su aplicabilidad a miembros de la fuerza pública del Estado en casos de violaciones graves de los derechos humanos y del DIH. A partir de dicho análisis se realiza un estudio de la figura de la responsabilidad contemplada en el Acuerdo de Paz, buscando establecer si se ajusta o no a los estándares internacionales y determinar los efectos de esta regulación en la JEP desde el derecho a la justicia de las víctimas y la seguridad jurídica del proceso de paz.

* Tesis de grado

** Facultad de Ciencias Humanas, escuela de Derecho, Maestría en Derechos Humanos

ABSTRACT

TITLE: COMMAND RESPONSIBILITY IN THE CASE OF MEMBERS OF THE PUBLIC FORCE IN THE SPECIAL JURISDICTION FOR THE PEACE OF COLOMBIA*

AUTHOR: JHON ALEXANDER SERRANO FAJARDO**

KEY WORDS: Human rights, command responsibility, special jurisdiction for peace, public force.

DESCRIPTION: On november 24, 2016, the Peace Agreement was signed between the Government of Colombia and the FARC-EP guerrilla, from which the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition was born, whose justice component must materialize through the implementation of the Special Jurisdiction for Peace.

Legislative act 01 of 2017, which created the JEP, regarding the responsibility of high military commanders for crimes committed during the conflict, sets out a basic precept that adheres to the central idea that: "The determination of the command responsibility may not be based exclusively on rank, hierarchy or scope of jurisdiction". This determination generates a number of questions about whether this treatment is adjusted to international standards and whether with it the rights of the victims can be guaranteed and impunity avoided.

This project analyzes the principle of command responsibility in international jurisprudence and regulations, specifically in non-international armed conflicts and its applicability to members of the State's public force in cases of serious violations of human rights and IHL. Based on this analysis, a study of the figure of responsibility contemplated in the Peace Agreement is carried out, seeking to establish whether or not it conforms to international standards and to determine the effects of this regulation on the JEP from the right to justice of the victims and the legal security of the peace process.

* Magister thesis

** Faculty of Human Scienses, Law School, Master of Human Rights

INTRODUCCIÓN

En la responsabilidad de miembros de las fuerzas armadas en actos violatorios de los derechos humanos¹, se ha planteado por parte de organismos internacionales de justicia en diferentes pronunciamientos que: “los altos mandos militares pueden ser penalmente responsables por crímenes perpetrados por sus subordinados que constituyan violaciones de derechos humanos, si puede demostrarse que ejercían control efectivo sobre tales subordinados, tenían conocimiento o motivos para saber de la comisión del delito, o si contaban con los medios o adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenirlo, asegurar que se investigara adecuadamente o castigarlo”².

En efecto, desde los procesos contra altos oficiales de las fuerzas del Eje y posteriormente los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona se planteó la necesidad de juzgar y sancionar la responsabilidad penal individual del superior jerárquico, sin haber sido el autor material o intelectual ni partícipe del crimen, bien por haber dado las órdenes de cometer crímenes o bien por abstenerse de impedir o de tomar las medidas para impedir, hacer cesar o reprimir esos crímenes, si hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber, y tenía razones para conocer. Como advierte Andreu-Guzmán “no se trata de una forma de responsabilidad

¹ A pesar que esta investigación se concentra en los miembros de la Fuerza Pública, no debe olvidar el lector que la responsabilidad por línea de mando aplica también a las fuerzas irregulares.

²² Tribunal penal internacional para el ex-Yugoslavia (TPIY), caso N° IT – 96-21 T, sentencia (sala primera instancia) 16 de noviembre de 1998, par., 346. Citado por: HRW. Human Rights Watch. El rol de los altos mandos en falsos positivos. Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles. Colombia. P. 6.

objetiva (...). Se sanciona la tolerancia o negligencia criminal de los superiores respecto de infracciones cometidas por el personal bajo su mando.”³.

Así, se trata de la “responsabilidad penal individual del superior que, sin haber sido el autor material o intelectual ni partícipe del crimen, tenía conocimiento o tenía razón para saber que el subordinado estaba a punto de cometer ese ilícito penal o lo estaba cometiendo o lo había cometido y no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen, hacerlo cesar o para castigar a sus autores. El superior no actuó teniendo el deber legal de hacerlo”.⁴

Ha sido desarrollada en diferentes instrumentos internacionales, entre los más importantes, el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la Convención IV de la Haya de 1907 que estipuló que las fuerzas armadas debían estar bajo la autoridad de un comandante, responsable por la conducta de los subordinados; el Tratado de Versalles, que instauró una jurisdicción de tipo internacional para perseguir el Emperador Wilhelm II en su calidad de comandante supremo de las fuerzas armadas alemanas y los Tribunales Militares de Núremberg, los cuales exploraron muy a fondo los elementos constitutivos de la responsabilidad por actos de los subalternos⁵.

También, el Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales, artículos 86 y 87; el Estatuto del Tribunal internacional para juzgar a presuntos

³Andreu-Guzmán, Federico. La responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá. 2012. [En línea] disponible en: https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

⁴ Ibíd. p. 10

⁵ Cahen, Daniel. Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017. En línea: <https://www.icrc.org/es/document/jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-deberia-incluir-el-concepto-de>

responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, art. 7 (3); el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 6 (3); y el Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona, art. 6 (3)⁶.

Sin embargo, la responsabilidad penal del superior se contempla en el Estatuto de Roma artículo 28 *ídem* que reza:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido

⁶ Andreu-Guzmán, Federico. Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas, 2012, Bogotá D.C. [En línea] disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento⁷.

Conforme a lo anterior, en el caso de Colombia que ha soportado el flagelo de un conflicto armado interno, se han presentado actos violatorios de los derechos humanos contra la población civil por parte de los diferentes actores armados, que abren el debate sobre la responsabilidad penal y en particular por ser el enfoque de este trabajo, de los superiores de la Fuerza Pública, involucrados⁸.

Un caso de especial relevancia corresponde a la ejecución de civiles por miembros del Ejército para mostrarlos como bajas de combate, conocidos como falsos positivos y en los que estarían involucradas personas con posiciones de mando y altos rangos en la organización militar que pudieron haber tenido un rol determinante en los hechos⁹. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

⁷ *Ibíd.*

⁸ Al respecto ver: QUEVEDO HERNÁNDEZ, N. El dossier de las últimas violaciones a los derechos humanos. Artículo de investigación judicial. *El Espectador*. Bogotá. Colombia. 2015. [Online] Citado el 2 de sep. de 2017. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/el-dossier-de-ultimas-violaciones-los-derechos-humanos-articulo-546757>

⁹ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de e Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Comunicado No. 58. Bogotá, julio 23 de 2018. [En línea] disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/58.Comunicado-58---JEP-abre-el-caso-003-.aspx>

Derechos Humanos: la cantidad total de víctimas de falsos positivos podría sobrepasar los 5.000 casos y ser considerada una práctica sistemática bajo las leyes de derechos humanos, teniendo en cuenta que estas operaciones fueron planeadas, por lo que vincularían a la línea de mando militar colombiano, bien porque sabían, o bien porque deberían haber sabido, lo que estaba sucediendo y no tomaron medidas para detenerlo¹⁰.

Adicionalmente señala el Alto Comisionado que “las ejecuciones denominadas “falsos positivos” consistían en el asesinato de civiles por miembros del ejército para presentarlos como bajas enemigas con el propósito de mejorar las estadísticas de combate y obtener así recompensas de servicio tanto financieras como en forma de licencias, promociones, etc.”¹¹, por las cuales “la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, a fecha de septiembre de 2014, había abierto 2.234 investigaciones por homicidio agravado o homicidio de persona protegida contra 5.014 miembros de las fuerzas armadas”¹²

En este contexto el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, firmado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP contempla la Jurisdicción Especial para la Paz, en adelante (JEP) para el juzgamiento de los actores del conflicto armado quienes con ocasión a este cometieron crímenes, incluyendo los superiores de la Fuerza Pública que sean responsables, por ejemplo en los casos de ejecuciones extrajudiciales. Sobre ello, el acto legislativo No. 01 del 4 de abril de 2017 en su artículo 24 reguló la *responsabilidad del mando* y en su inciso segundo contempló que:

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. A/HRC/28/3/Add.3, 2015, párr.56 Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/28/3/Add.3>

¹¹ *Ibíd.* párr. 43

¹² *Ibíd.* párr. 55

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 procedentes¹³.

Así mismo, contempló como elementos concurrentes:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión¹⁴.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 01 (04, abril, 2017). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C. 2017. N°. 50196. Artículo. 24

¹⁴ *Ibidem*

Lo anterior, ha generado toda serie de críticas y oposiciones. En primer lugar, la Fiscal de la Corte Penal Internacional a través de un *amicus curiae* señala que aparentemente se aparta del “derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma, limitando indebidamente la aplicación de la responsabilidad del mando”¹⁵, por ejemplo al exigir el control efectivo de la conducta como elemento adicional a lo reglado por el artículo 28 ET que solamente exige que el jefe ejerza mando o control efectivo sobre sus subordinados que cometen crímenes¹⁶. En segundo lugar, Cahen, coordinador jurídico de la CICR en Colombia para la época expresó que “genera una sospecha de impunidad y podría dar pie a la competencia de la Corte Penal Internacional o de fueros extranjeros con base en el principio de jurisdicción universal (...) al no incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad”¹⁷.

En tercer lugar, la organización Human Right Watch también ha advertido que con ocasión a esta regulación “los altos mandos podrán argumentar que no tienen responsabilidad alguna, conforme a la responsabilidad de mando, ya que no existen evidencias que demuestren que tenían control efectivo sobre sus subordinados o conocimiento real del delito. Esto generaría responsabilidad internacional para Colombia por violar sus obligaciones jurídicas internacionales”¹⁸. Subsiste también la preocupación, que los jueces de la JEP realicen una interpretación exégeta del artículo 24 y no armonizada con los diferentes preceptos del Derecho Internacional lleve a argumentar que “los altos mandos no tienen responsabilidad alguna, conforme a la responsabilidad de mando, ya que no existen evidencias que

¹⁵ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Referencia: RPZ-0000001 y RPZ-003. 18 de octubre de 2017. [En línea] Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

¹⁶ *Ibíd.* p.5

¹⁷ Cahen, Daniel. Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad. Comité Internacional De La Cruz Roja. Colombia. 2017. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-deberia-incluir-el-concepto-de>

¹⁸ HRW. Op. Cit. P. 3.

demuestren que tenían control efectivo sobre sus subordinados o conocimiento real del delito.”¹⁹.

El punto en común de los anteriores reparos es la importancia, por ejemplo, ciertamente no el único, para el caso de los *falsos positivos*, de contribuir a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición por parte de los miembros de la Fuerza Pública involucrados, en especial de sus superiores, así como la correspondencia de la cláusula de responsabilidad del mando con el derecho consuetudinario, el estatuto de la CPI y/o la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Ante ello, esta investigación busca determinar ¿cuáles son los efectos del artículo 24° transitorio del A.L. 01 del 4 de abril de 2017 respecto de la responsabilidad por mando de los miembros de la fuerza pública en la Jurisdicción Especial para la Paz?.

Para dar respuesta, se aborda en primer lugar la responsabilidad del superior en los conflictos armados no internacionales, definiendo los principales conceptos, determinando su contenido y presentando algunos pronunciamientos relevantes de los tribunales internacionales; en segundo lugar, se examina la aplicación de dicha figura en el ordenamiento jurídico colombiano, particularmente en la jurisprudencia y la regulación contemplada por el Acuerdo de Paz y el A.L. 01 de 2017 en la Jurisdicción Especial para la Paz; finalmente se identifican los efectos de dicha regulación. Se acude a los parámetros de la investigación cualitativa, de tipo documental, el paradigma histórico-hermenéutico y la técnica de análisis de contenido, siendo el foco de esta investigación la responsabilidad del mando en la fuerza pública, habida cuenta de su regulación específica en el artículo 24° transitorio del A.L. 01 del 4 de abril de 2017.

¹⁹ HRW. Op. Cit. P. 3.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y SU APLICABILIDAD A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA DEL ESTADO

En el derecho internacional se ha desarrollado la figura de la responsabilidad de mando para el enjuiciamiento del superior militar-o civil- a cargo de las operaciones cuya ejecución por parte de sus subordinados ha involucrado violaciones directas o indirectas al Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos. Su desarrollo ha estado dado por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales y la doctrina del derecho penal internacional en procura de determinar su conceptualización y contenido.

Este capítulo, precisamente presenta la delimitación conceptual, sus características relevantes y los casos más representativos sobre su aplicación a miembros de la Fuerza Pública del Estado.

1.1 APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Para entender la complejidad del fenómeno bajo estudio se hace preciso, en principio, delimitar conceptualmente las categorías que se enuncian a continuación.

La noción de ***Derecho internacional humanitario*** reúne al “conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra”²⁰. Su finalidad específica es “solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los

²⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Qué es el derecho internacional humanitario? Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, 2004. [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate”²¹.

Se encuentra esencialmente “contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los que son parte casi todos los Estados; y en los Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados”²². Sin embargo, no corresponde al DIH determinar las situaciones en las que resulta válido el recurso a la fuerza armada, sino abocarse a su desencadenamiento con el fin de humanizarlo y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario²³.

A su vez el término **Derechos humanos** se entiende como “aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”²⁴. Están contemplados en “la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional”²⁵. Para el profesor Eusebio Fernández “se hayan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad”²⁶.

Así también el concepto de **Justicia transicional** se define como las acciones o decisiones que se toman como parte de la búsqueda por la reparación de las

²¹ Salmón, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Lima, CICR-Fondo Editorial PUCP. 2012. P. 28. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/Introducci%C3%B3n-al-Derecho-Internacional-Humanitario-2012-3.pdf>

²² *Ibíd.*

²³ Salomón, Elizabeth. Op. Cit. p. 27

²⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. ¿Qué son los derechos humanos? [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Fernández, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. Anuario del Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, p. 76. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>

violaciones a los derechos humanos. Como pueden serlo: las acciones penales, las rendiciones de cuentas o los programas de reparación a víctimas. Es una manera de acercarse a la justicia en momentos de transición: de una situación de conflicto a su cese. Esta se busca para asegurar la no repetición de los actos de violencia²⁷. En palabras del Secretario General de la ONU:

(...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos."²⁸

Por su parte la noción de **conflicto armado interno** que en el derecho internacional humanitario se conoce como *conflicto armado no internacional* hace referencia a aquel “en que se enfrentan fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente”²⁹. Sus elementos definitorios provienen del artículo 3 común y el artículo 1 del Protocolo II Adicional.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 lo define como un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”³⁰. De hecho “cualquier conflicto armado entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados o entre estos grupos sólo puede tener

²⁷ Subgerencia Cultural del Banco de la República. Acuerdo de Paz, 2015. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/acuerdo-de-paz>

²⁸ Secretario General de la Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2004/616. [Online] recuperado el 21 de marzo de 2018 de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

²⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? Documento de opinión, marzo de 2008 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

³⁰ *Ibíd.* p. 2

lugar en el territorio de una de las Partes en el Convenio”³¹. Y no aplica a “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”³².

A su vez, el artículo 1 del Protocolo Adicional II define el conflicto armado como aquel que “se desarrolla en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”³³.

Autores como H. P. Gasser también han comentado con mucha claridad lo que debería considerarse un conflicto armado no internacional, sobre todo, en el caso de los conflictos que no llenan todos los criterios reseñados con anterioridad. Señala así que “está generalmente aceptado que los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos, por otra. [...] Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrenten entre ellos por el poder”³⁴.

El igual sentido D. Schindler afirma que “deben conducirse las hostilidades por la fuerza de las armas y presentar una intensidad tal que, por lo general, el Gobierno tenga que emplear a las fuerzas armadas contra los insurrectos en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía. Por otra parte, por lo que respecta a los insurrectos, las hostilidades han de tener un carácter colectivo, [i.e.] no tienen que ser realizadas por grupos individuales. Además, los insurrectos deben tener un

³¹ *Ibíd.* p. 3

³² Protocolo adicional II a los 4 Convenios de Ginebra, artículo 1 (2)

³³ Protocolo adicional II, art. 1.1

³⁴ H. P. Gasser, *International Humanitarian Law: an Introduction*, in: *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berna, 1993, p. 555

mínimo de organización. Sus fuerzas armadas deben estar bajo un mando responsable y poder llenar ciertos requisitos mínimos desde el punto de vista humanitario”³⁵.

Como se observa la noción de conflicto armado no internacional (o interno) tiene su fundamento en el derecho internacional humanitario y responde en general a las siguientes características i) enfrentan fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos, ii) un mínimo de organización, dirección de un mando responsable, y con capacidad de mantener operaciones militares, y iii) hostilidades de índole colectiva donde el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar.

Ahora bien, las anteriores normas hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano vía bloque de constitucionalidad³⁶, y soportan la definición de conflicto armado como “un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, [pues puede presentarse] aún frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada”³⁷

Ahora bien, el Acuerdo ***final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*** puso fin al conflicto armado interno en Colombia de los enfrentamientos entre el Grupo Armado al margen de la Ley FARC-EP y el Ejército Nacional que se presentaron en Colombia durante más de 50 años revistiendo las características de la categoría definida. Este ***acuerdo de paz*** define

³⁵ D. Schindler, The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and protocols, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 147

³⁶ ver, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 2012, párrafo 5.4.3

como “un convenio que realizan dos o más partes que se hallan involucradas en un conflicto, para dar fin a dicha situación y establecer las condiciones requeridas para construir y mantener la paz. Se trata de un documento escrito que contiene los puntos pactados y va firmado por delegados de las partes, negociadores y mediadores”³⁸.

Es el resultado de un proceso de diálogo y negociación, conocido como Proceso de Paz”³⁹. Según Vicenç Fisas “Un proceso de paz es un esfuerzo para lograr un acuerdo que ponga fin a la violencia, así como para implementarlo, mediante negociaciones que pueden requerir la mediación de terceros”⁴⁰. El Acuerdo así es “una de las etapas, quizás la etapa culmen, del proceso de paz. Posteriormente, se adelantan las etapas de implementación y cumplimiento del acuerdo”⁴¹.

En el Acuerdo se contempló en su punto 5° sobre *las víctimas del conflicto* un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, compuesto por: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; (ii) la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas; (iii) la Jurisdicción Especial para la Paz; (iv) las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.

La ***Jurisdicción Especial para la Paz*** es el órgano judicial que “cumplirá con el deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del

³⁸ Subgerencia Cultural del Banco de la República. Acuerdo de Paz, 2015. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/acuerdo-de-paz>

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Fisas, 2010, Introducción a los procesos de paz, En Quaderns de construcció de pau, N° 12. 2010. p. 5

⁴¹ *Ibíd.* p. 6

conflicto armado.”⁴² Se compone de una sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; una sala de amnistía e indulto; una sala de definición de situaciones jurídicas; una unidad de investigación y acusación; y un tribunal para la Paz, cuyas decisiones no podrán ser revisadas o revocadas por la justicia ordinaria⁴³.

Encuentra su sustento legal, en el acto legislativo 01 de 2017, en cuyo artículo transitorio 5 señala que al adoptar resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica de las conductas punibles basada en *el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad*. Así mismo, la ley 1922 de 2018 contempla como sujetos procesales la UIA, la defensa y la persona compareciente a la JEP (art. 4); ésta como aquella que se acogió o fue puesta a disposición de la JEP (vgr. los militares), la cuales a partir del escrito de acusación se considerarán acusados (art 5).

A su turno, la ley 1957 de 2019, ley estatutaria de la JEP, que aclara que “los agentes del Estado que no hayan participado en los crímenes más graves y representativos del conflicto armado podrán solicitarle a la JEP el beneficio de renuncia a la persecución penal, siempre y cuando contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas”⁴⁴ y permite “solicitar la suspensión de la ejecución de órdenes de captura (artículo 50) por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”⁴⁵.

⁴² Oficina del Alto Comisionado para la Paz. P&R: jurisdicción especial para la paz. 2015 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Audios/PREGUNTASYRESPUESTAS.pdf>

⁴³ *Ibíd* p. 2

⁴⁴ Jurisdicción Especial para la Paz. Ley Estatutaria JEP: Los tratamientos para los agentes del Estado en la JEP. [En línea] disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Los-tratamientos-para-los-agentes-del-Estado-en-la-JEP-en-la-Ley-Estatutaria.aspx>

⁴⁵ *Ibíd*em.

Esta jurisdicción se aplica de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, a todos quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, cometieron delitos en el contexto y en razón de éste, y siempre que cumplan con las condiciones del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición⁴⁶. También ejerce competencia respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenados, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1 de diciembre de 2016, aunque no estuvieren en el listado del grupo armado.⁴⁷.

Como agentes del Estado, los miembros de la **Fuerza Pública** pueden ser sujetos procesales de la JEP si hubieren cometido delitos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, recibiendo un trato diferenciado en su juzgamiento. Se entienden parte de ella “en forma exclusiva las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”⁴⁸. A su vez las Fuerzas Armadas están conformadas por “el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”⁴⁹. Se caracterizan por no ser deliberante; es decir, no se puede sindicalizar, no se puede reunir fuera del orden de la autoridad legítima, sus miembros no pueden sufragar mientras estén activos en el servicio y en ningún caso pueden intervenir en actividades de partidos políticos; ii) los miembros de grados inferiores deben obedecer las órdenes de su superior inmediato⁵⁰; y iii) goza del fuero militar; es decir, ésta no responde ante la

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Op. Cit. Acto legislativo No. 01 del 4 de abril de 2017, artículo transitorio 5.

⁴⁸ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 216.

⁴⁹ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 217.

⁵⁰ Valga la pena aclarar que La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. En algunos eventos no sólo se tiene el derecho sino el deber de rehusar el cumplimiento de una orden, so pena de incurrir en responsabilidad penal (Sentencia t-409 de 1992). Extraído de: Beltrán, Andrés. De la obediencia debida y la responsabilidad penal militar. Derecho y Realidad. Núm. 16, II semestre de 2010. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.

justicia penal ordinaria, sino que lo hace ante los tribunales militares, por actos relacionados con el servicio⁵¹. No obstante, las violaciones de derechos humanos son competencia de la jurisdicción ordinaria⁵².

Sobre ello enseña la Corte Constitucional

(...) Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias. De esta manera, pese a que existan elementos como los mencionados en las circunstancias en que se consumó el delito, si sustancialmente la actividad en concreto se halla desarticulada de una función legítimamente considerada, el resultado punible, producto de esa conducta, ya no será un delito de competencia de la jurisdicción penal militar, sino que tendrá carácter común y será objeto de investigación y juzgamiento por las autoridades ordinarias⁵³.

Así existe en la Fuerza Pública en virtud de lo anterior, una ***línea de mando*** que “orgánicamente se articula en escalones estableciendo áreas de competencia y responsabilidad, que deben asumir quienes ostenten graduación. Cada escalón se encuadra en otro superior que a su vez posee un mayor nivel de competencias y de

⁵¹ BANCO DE LA REPÚBLICA (2010). Guía temática de política. Fuerza pública, Biblioteca Luis-Ángel Arango, en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli3.htm>.

⁵² Al respecto ver: Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 221, inciso segundo.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. Rad. D-10903

responsabilidades, hasta converger en la cúspide, la jefatura, donde se concentra la máxima responsabilidad y, por tanto y en última instancia, la mayor capacidad de dirección”⁵⁴. En la línea de mando “quien la preside decide con base a su criterio profesional, la información que le aportan sus subordinados, las normas establecidas en los reglamentos y las circunstancias del momento”⁵⁵.

Esta decisión, traducida en órdenes, es “transmitida en orden descendente a sus subordinados inmediatos para su obligado cumplimiento, asumiendo cada jefe del eslabón correspondiente la responsabilidad de ese cumplimiento dentro del área de su competencia y dictando a su vez las decisiones que para ello debe adoptar. Exige para su buen funcionamiento que ningún eslabón pueda ser saltado, ni en la transmisión de la decisión de arriba abajo, ni en la aportación de la información de abajo arriba”⁵⁶. Adicionalmente la línea de mando “se fundamenta en la capacidad de decisión del que manda y en la asunción de la responsabilidad sobre lo que ha mandado de conformidad con las limitaciones a ese poder de decisión y las establecidas en las leyes”⁵⁷.

Lo anterior lleva a que en materia de juzgamiento se determine la responsabilidad por los resultados de una conducta realizada en virtud de una orden al superior y/o al subordinado o por la omisión por parte del superior respecto a sus subordinados. Es lo que se ha denominado **Responsabilidad por línea de mando**. Refiere en términos generales a la “responsabilidad penal de los dirigentes militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores, no han impedido la ejecución de estos delitos o no los han perseguido”⁵⁸. En otras palabras “el hecho

⁵⁴ Cubeiro, Enrique. Los sistemas de mando y control: una visión histórico-prospectiva. Universidad de La Rioja, España, 2015 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4602258.pdf>

⁵⁵ *Ibíd*, p. 31

⁵⁶ *Ibíd*. p. 32

⁵⁷ *Ibíd*em.

⁵⁸ Faraldo, Patricia. La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal Español. ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del

de que la infracción haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”⁵⁹.

Los antecedentes de esta figura en la jurisprudencia internacional se pueden ubicar en dos momentos: los juicios después de la segunda guerra y los tribunales ad hoc. En los primeros, las decisiones tomadas marcan los límites de esta responsabilidad; así se trata de un superior, es decir, de una persona que tiene autoridad con respecto a un subordinado; el superior sabía o debía haber sabido que el crimen había sido cometido o se iba a cometer; el superior tenía la capacidad para impedir la conducta criminal, y el superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables, que estaban a su alcance, para impedir o castigar la conducta criminal⁶⁰.

En los segundos, se ha especificado que el grado de responsabilidad de un superior, debe considerarse teniendo en cuenta los crímenes de sus subordinados en proporción con la gravedad de las infracciones cometidas; se ha determinado que no es necesario que el superior desempeñe de jure una posición jerárquica, sino que basta ejercer autoridad de hecho sobre el autor directo del crimen para imputar la responsabilidad penal de una persona, aplicando el criterio control efectivo; y se ha confirmado que para que se impute la responsabilidad del superior no es

pasado y retos del futuro, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2012. [En línea] recuperado del 1 de septiembre de 2017 de: <http://ecrim.es/publications/2012/ResponsabilidadMandoRoma.pdf>

⁵⁹ *Ibíd.* p. 5

⁶⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja. La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión. Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. 2014.

necesario que haya una causalidad directa entre la omisión del superior y la comisión del crimen⁶¹.

A su vez, dentro del derecho consuetudinario, la norma 153 del Estudio del CICR contempla que, los jefes militares y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales⁶².

Por último, **la impunidad** que se busca evitar con la maximización de los estándares de justicia para el juzgamiento de los ‘máximos’ responsables de graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en contexto de conflictos armados, refiere a “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos”⁶³. También abarca situaciones como “la dilación indebida de las investigaciones y/o procesos penales, el ocultamiento y destrucción de evidencia, la falta de voluntad y de compromiso de las autoridades competentes para asumir los respectivos procesos penales en las jurisdicciones ordinaria y militar, la falta de acceso de las víctimas, sus familiares o sus representantes a las investigaciones y procesos penales en razón de la llamada “reserva sumarial”, la utilización de fosas comunes y la posterior negación de su existencia por parte de

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173

las autoridades, la existencia de responsables que no sean investigados, procesados y sancionados”⁶⁴.

Toma relevancia lo expuesto si se tiene en cuenta que la Ley 1407 de 2010 que regula el juzgamiento de las conductas asociadas al servicio cometidas por los miembros de la fuerza pública, excluye las violaciones de DDHH e infracciones al DIH expresamente, y por tanto la Justicia Penal Militar carece de competencia al respecto⁶⁵. Adicionalmente y a pesar que de conformidad con el artículo 221 inciso segundo de la Constitución Política la jurisdicción ordinaria sí juzga las violaciones de derecho humanos y DIH cometidas por militares, ésta no ha sido eficiente; abriendo escenarios de impunidad.

Con relación a la impunidad, advierte la Comisión Colombiana de Juristas:

La impunidad constituye una infracción flagrante de las obligaciones internacionales de los Estados según el derecho internacional de los derechos humanos. La obligación de luchar contra la impunidad se deriva directamente de obligaciones convencionales, adquiridas por los Estados por la ratificación de tratados internacionales⁶⁶.

⁶⁴ Ver: Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.o 92, § 97; Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, n.o 99, § 185; Caso Caracazo contra Venezuela, reparaciones y costas, sentencia del 29 de agosto de 2002, serie C, n.o 95, § 66

⁶⁵ Artículo 2°. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado. Artículo 3°. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. Ley 1407 de 2010 Por la cual se expide el Código Penal Militar.

⁶⁶ Comisión Colombiana de Juristas. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2007. Bogotá D.C.. Disponible en:

Por tanto, la lucha contra la impunidad hace parte de los principios generales del derecho internacional, del cual se derivan otros principios como la prohibición del ejercicio arbitrario del poder y la independencia de la judicatura. Se trata entonces de la “obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [esta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”⁶⁷.

Lo anterior, so pena de dejar impune las violaciones de derechos humanos, incumpliendo el Estado su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción⁶⁸.

1.2 CONTENIDO RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO

En el Derecho Penal Internacional respecto de los delitos de lesa humanidad, se contempla la responsabilidad no solo del autor mediato sino también de la persona que tenga el poder de mando, es decir el superior jerárquico de la persona o personas que cometieron el delito⁶⁹ (Duran, 2017), en otras palabras “los superiores jerárquicos y estratégicos de un cuerpo militar son responsables por las conductas de sus subalternos que, actuando en ejercicio de mando, transgreden por acción u omisión el Derecho Internacional Humanitario”⁷⁰ (Díaz, 2018, p. 33).

https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, Reparaciones, sentencia del 22 de febrero de 2002, Serie C, No. 91, párr. 74

⁶⁸ *Ibid.* p. 17.

⁶⁹ Duran, F. Responsabilidad por mando y control efectivo en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). [Tesis de maestría]. Universidad Militar Nueva Granada, 2017. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17175/DuranRamirezFlavioBernardo2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

⁷⁰ Díaz, J. La responsabilidad de mando aplicada al modelo de justicia transicional del acuerdo final para la terminación del conflicto. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 17. Recuperado de: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/2-31-48.pdf/367872e7-4aa8-4fb3-90ee-68a11e859d1d>

Su núcleo es “la existencia de la relación superior subordinado y de una organización compleja dentro de la cual o en vinculación con la cual se encuentren los subordinados y el superior”⁷¹. Se determina a partir del mando o control sobre las tropas y por tanto es “necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen las violaciones base al Derecho Internacional Humanitario, en el sentido de que tengan la habilidad material de prevenir y castigar la comisión de esas ofensas”⁷².

La organización compleja marca el ámbito de existencia de la relación superior-subordinado. En efecto “la posición de superioridad viene dada por una estructura organizativa compleja, que tiene la capacidad de asignación de roles al interior de ella, con cierta independencia de quien detenta la posición en un momento determinado”⁷³. Se reconoce a estas organizaciones una “peligrosidad intrínseca que demanda sus miembros o personas vinculadas con poder de mando el controlar esa fuente de peligro, al evitar que se utilice para la comisión de los ilícitos”⁷⁴.

En ese sentido, no es la ascendencia que tiene un individuo sobre otro lo que crea una relación superior subordinado, sino que el hecho de que esos roles estén contemplados dentro de la estructura organizativa en que se produce la relación: es el hecho de ocupar una posición dentro de la organización que otorgue el poder de mando sobre los subordinados⁷⁵.

⁷¹ Winter, Jaime. La responsabilidad por el mando en el derecho penal internacional. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Santiago, Chile, 2009. [En línea] recuperado el 7 de septiembre de 2017 de: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-winter_j/pdfAmont/de-winter_j.pdf

⁷² *Ibíd.* p. 51.

⁷³ WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2005, Traducción de DÍAZ PITA, María del Mar (coordinadora).

⁷⁴ *Ibíd.* p. 225

⁷⁵ Winter, Jaime. op. Cit. p. 58.

Así mismo y para que la relación de subordinación justifique la responsabilidad del superior es necesario que se dé dentro de la jerarquía, es decir, que al interior de esa estructura compleja los individuos ocupen posiciones relativas distintas, en donde la relación que se establece entre sus miembros es vertical y piramidal⁷⁶. Esto implica un orden institucional interno de las posiciones dentro de la organización. Por ello lo relevante es “que dentro de la estructura de la organización pueda considerarse que uno está por sobre la posición del otro, al menos para el asunto específico”⁷⁷.

Por su parte, la idea de mando y control efectivo viene a ser un límite a los superiores que pueden ser hechos responsables, pues como afirma Kai Ambos “uno puede argumentar que del hecho que una persona tenga subordinados claramente se sigue que tiene autoridad y control sobre ellos. Sin embargo, eso no es necesariamente cierto”⁷⁸.

El mando refiere a la “facultad del superior de impartir órdenes respecto de los subordinados”⁷⁹, las cuales deben ser cumplidas so pena de sanción. Las estructuras en que se dan situaciones de mando, de conformidad con el artículo 28 del Estatuto de Roma son las militares, en las cuales, el superior con mando puede tomar medidas intensas contra el subordinado, a la vez que controlarlo en ámbito ajenos a la realización de sus funciones⁸⁰. Este elemento demanda una vinculación subjetiva entre un superior y determinados subordinados, por cuanto “la obligación de evitar las conductas de los subordinados sólo nace con una asignación

⁷⁶ Bolea Bardon, Carolina. Autoría mediata en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337

⁷⁷ Cote-Barco, Gustavo. Op. Cit. p. 22

⁷⁸ Ambos, Kai. THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY, Vol. 3, 2002, p. 838. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1972189>

⁷⁹ Sánchez Herrera, Esiquio. La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional. Rev. Huellas No. 72, Julio 2011, p. 120

⁸⁰ *Ibíd.* p. 122

organizativa de esos subordinados al superior determinado”⁸¹. No es la mera pertenencia a la institución lo que explica el deber de garante, sino el hecho que, vinculado con la organización, se tengan bajo su cargo (expectativa de ejercicio de la autoridad y control) a cierto grupo de subordinados⁸².

Al respecto explica Winter que “dentro de la organización existe una expectativa de que ese superior dirija el comportamiento de los subordinados, ya sea de manera directa (dando el mismo las órdenes) o de manera indirecta (por posición en la cadena de mando o por delegación de funciones)”⁸³.

A su vez, el control efectivo se define como “la capacidad material de prevenir o sancionar la comisión de un delito por parte de los subordinados”⁸⁴. Va más allá de la influencia que se pueda ejercer pues lo decisivo es “si el superior tiene el poder de emitir órdenes e instrucciones hacia los subordinados, la naturaleza de las órdenes que tiene la capacidad de emitir, así como si sus órdenes son efectivamente obedecidas”⁸⁵. Por tanto, no existe responsabilidad del superior que no evita la comisión de los ilícitos si no tenía la habilidad material de evitarla. Este requisito se vincula directamente con la obligación del superior de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes (conducta exigida).

El control efectivo debe haber existido antes o al menos durante la comisión de los crímenes, toda vez que si “el superior perdió el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que se proponían cometer el delito el superior no puede ser responsabilizado”⁸⁶. Por ello la doctrina de la

⁸¹ Mucić et al. (Čelebići Camp), Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-96-21, Sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Delalić) y 9 de octubre de 2001 y Sentencia de Apelaciones de 20 de febrero de 2001 y 8 de abril de 2003 (Delalić)

⁸² *Ibidem*

⁸³ Winter, Jaime. *op. Cit.* p

⁸⁴ Kiss, Alejandro. La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. *Rev. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik-ZIS-*. Vol 1, 2016. [En línea] recuperado el 7 de septiembre de: http://zis-online.com/dat/artikel/2016_1_978.pdf

⁸⁵ *Ibid.* p. 42

⁸⁶ *Ibid.* p. 43

responsabilidad por el mando predica finalmente en el poder del superior de controlar los actos de sus subordinados.

Como lo señaló la Corte Penal Internacional, “el Estatuto de Roma no reconoce el principio de responsabilidad sin falta. [...] la atribución de responsabilidad [...] depende del estado de espíritu o del grado de falta requerido”⁸⁷; y en consecuencia el “conocimiento efectivo” no puede presumirse. Así, este “conocimiento efectivo” debe ser establecido mediante pruebas directas o indirectas⁸⁸. Éstas se pueden extraer a partir de “el número y naturaleza de actos ilegales cometidos así como su carácter generalizado o no; el periodo en que fueron cometido los crímenes; el número de las tropas implicadas; los medios de comunicación disponibles; el modus operandi; y el lugar y las funciones del sospechoso dentro de la jerarquía”⁸⁹.

Valga en este punto aclarar, que esta figura es diferente de la coautoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, teniendo en cuenta que ésta exige para su configuración “el poder de mando del autor mediato, la desvinculación de la organización del derecho, la fungibilidad del autor directo y la predisposición del autor directo para la realización de un hecho ilícito”⁹⁰; y en la responsabilidad de mando el “autor directo” no necesariamente debe ser fungible, porque puede el superior aprovechar calidades especiales del subalterno que realiza la conducta bajo su orden. Tampoco debe concretarse una predisposición para un hecho ilícito, debido a que la conducta puede provenir de una orden que

⁸⁷ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo, Caso No. ICC-01/05-01/08, párrafo 427.

⁸⁸ Andreu-Guzmán, Federico. Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales – El crimen internacional de desaparición forzada-. Comisión Colombiana de Juristas, 2012. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

⁸⁹ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo, Caso No. ICC-01/05-01/08, párrafo 431

⁹⁰ Vargas, José. Aproximaciones al Delito de Omisión en las Fuerzas Militares. 2014, Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda Edición. Bogotá.

deba cumplirse de forma inmediata, de modo que el “autor directo” no tiene margen para determinar la ilicitud de la conducta⁹¹.

Así la responsabilidad de mando se diferencia por el deber legal o funcional de obediencia, ya que el subordinado en estos casos no actúa bajo común acuerdo o siendo instrumento del superior, por lo que se predica fundamentalmente de delitos omisivos⁹². Esto, por cuanto consisten dichas omisiones en la no adopción de medidas necesarias y razonables para cumplir con sus deberes debido a su condición de superiores jerárquicos, por contraposición a la autoría mediata, que se aplicaría para delitos por acción⁹³.

Lo anterior encuentra asidero en el Estatuto de Roma que aborda la *posición de superior*, el *control efectivo* y la *omisión* como elementos estructurales de la responsabilidad del superior. Así el artículo 28 del Estatuto contempla que, sin perjuicio de las demás formas de atribución responsabilidad penal:

“a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento [...]”⁹⁴.

⁹¹ *Ibíd.* P. 34

⁹² Olásolo, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional*. Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

⁹³ Díaz, J. *op. Cit.* P. 34

⁹⁴ AMBOS, Kai. et al. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.

El elemento “hubiere sabido” indica el conocimiento real del superior de los crímenes de sus subordinados y su omisión en la represión de las mismas. Así mismo implica una conciencia de la existencia de una circunstancia o la conciencia de que algo está ocurriendo. Para Bantekas a falta de pruebas directas que incriminen al superior, se puede realizar a través de pruebas circunstanciales. “Este conocimiento se logra a través de examinar rasgos llamativos de la actividad criminal subordinada y llegar a la inferencia de que el superior acusado es consciente de esos crímenes.”⁹⁵. A su vez, el elemento “hubiere debido saber”, refiere a un conocimiento presunto con proyección al futuro, por no tomar las acciones pertinentes en el marco de sus funciones y contemplar la mayor parte de escenarios posibles en las operaciones bajo su cargo⁹⁶.

Se puede afirmar que ambos elementos refieren al conocimiento real y el conocimiento presunto; es decir, aquello que el superior tiene conocimiento y no reprime y, aquello que el superior no prevé que pudiera ocurrir, pero debería haberlo previsto, siendo claro en los dos casos la omisión.

Adicionalmente, sobresale como elemento el supuesto de “no adoptar medidas necesarias y razonables”, para lo cual se toman como parámetros de actuación:

- “asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente instruidas en Derecho Internacional Humanitario
- asegurarse en debida forma de que se está cumpliendo el Derecho Internacional Humanitario en la ejecución de las decisiones operativas así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

⁹⁵ Bantekas, I. The Contemporary Law of Superior Responsibility. *The American Journal of International Law*, 1999, 93(3).

⁹⁶ Kiss, A. La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016, 40-66.

- asegurarse de que un sistema efectivo de información sea establecido, de tal forma que él este informado de los incidentes cuando las infracciones al Derecho Internacional Humanitario hayan podido ocurrir
- controlar el sistema de información para asegurarse de su efectividad
- tomar las acciones correctivas cuando reciba información de que las infracciones van a ocurrir o han ocurrido.”⁹⁷

Por tanto, cuando el superior conozca de los crímenes de sus subordinados debe adoptar medidas para reprimir los ilícitos, bien mediante castigo o denuncia ante la autoridad competente; y cuando no conociéndolos, debería saber de los crímenes de sus subordinados es necesario adoptar las medidas razonables a su alcance para poner en conocimiento los crímenes de sus subordinados. Se trata entonces de las obligaciones del superior de “impedir, reprimir y poner en conocimiento”⁹⁸.

En síntesis, un superior militar es responsable penalmente por “no haber evitado la comisión de crímenes por parte de sus subordinados, a pesar de que sabía que estos crímenes se estaban cometiendo, o debido a que, si bien no sabía, en todo caso “hubiere debido saber” ; o por no haber tomado las medidas necesarias para reprimir estos crímenes o informar a las autoridades competentes al respecto, estando al tanto de que estos crímenes se estaban cometiendo, o sin estarlo pero bajo el entendido de que según las circunstancias del momento “hubiere debido” estarlo”⁹⁹.

Al respecto, la Corte Penal Internacional considera que, además de los anteriores elementos, para que se configure la responsabilidad penal del superior jerárquico,

⁹⁷ Ambos, Kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional (Vol. LII). (Ó. Guerrero, & M. Karayán, Trads.) Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1999, p. 579

⁹⁸ Cote-Barco, G. Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional? Revista Colombiana de Derecho Internacional (28), 2016, 49-112.

⁹⁹ *Ibíd.* P. 69

se requiere: i) que el sospechoso tenga la condición de jefe militar o de una persona que ejerza efectivamente tal función; y ii) que el crimen cometido por los subordinados sea el resultado del hecho de que el superior no ejerció su control efectivo sobre las tropas bajo su mando¹⁰⁰.

El concepto de “jefe militar”, designa a “una categoría de personas oficial o legalmente nombradas para ejercer funciones de comando militar en el seno de las fuerzas armadas, cualquiera que sea su grado o rango. A este respecto, un jefe militar puede tanto ocupar la más alta posición en la cadena de mando como tener bajo sus órdenes algunos soldados. [...] [L] a noción de jefe militar abarca igualmente los casos en los que el superior no ejerce de forma exclusiva funciones militares¹⁰¹.

A su vez, la locución “el que actúe efectivamente como jefe militar”, abarca más ampliamente las demás personas que no han sido nombradas oficial o legalmente para ejercer funciones de comando militar, pero que de hecho ejercen tal función a través de una cadena de mando, y por ende son asimilables a los “jefes militares”. Dentro de esta categoría, la Corte incluye a los superiores de fuerzas —no militares— de seguridad de un Estado, las fuerzas irregulares, las estructuras paramilitares y los grupos armados de oposición¹⁰².

Asimismo la Corte destacó varios criterios o elementos que permiten determinar si un superior tiene la autoridad y el control efectivo: “i) La posición oficial del sospechoso; ii) su poder de emitir y dar órdenes; iii) su capacidad de hacerse obedecer (esto es que las ordenes emitidas sean ejecutadas); iv) el lugar que ocupa en la jerarquía militar y las tareas que desempeña en la realidad; v) su capacidad

¹⁰⁰ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo, Caso No. ICC-01/05-01/08, párrafo 408

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Andreu-Guzmán, Federico. Op. Cit. P. 43

de dar órdenes de combate a las unidades bajo su mando inmediato así como de aquellas ubicadas en escalones inferiores; vi) su capacidad de reasignación de unidades o de modificación de su mando; su poder de promover, remplazar o sancionar a los miembros de las fuerzas así como de destituirlos de sus funciones; y su autoridad para enviar fuerzas donde se desarrollan los combates o de retirarlas”¹⁰³.

Justifica lo anterior, la obligación, y en particular a los superiores jerárquicos, de hacer respetar el derecho internacional humanitario y los derechos humanos así como de prevenir y reprimir los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes según el derecho internacional, por lo que un jefe militar que no impida la comisión de un crimen cometido por sus subordinados, respecto del cual tiene conocimiento o debería tenerlo, no se exonera de su responsabilidad penal como superior jerárquico por el hecho de tomar posteriormente las medidas para reprimir a los autores del ilícito.

1.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL RESPONSABILIDAD POR LÍNEA DE MANDO

A nivel internacional, existen diversos casos que permiten evidenciar cómo se ha aplicado esta teoría para superiores militares:

El caso “Yamashita”. Con ocasión de los enfrentamientos de las tropas japonesas con las tropas norteamericanas se torturaron y asesinaron aproximadamente a 700 000 civiles en la ciudad de Manila, en lo que se conoce como la “Masacre de Manila”. El general Yamashita fue acusado y puesto a disposición de una comisión militar de Estados Unidos por desconocer los actos ilegales del comando bajo su mando y por

¹⁰³ Corte Penal Internacional, Op. Cit. párrafo 417

no cumplir con su deber como comandante de controlar los actos de sus miembros¹⁰⁴. Allí se afirmó que las leyes de la guerra presuponen que las violaciones de estas, han de evitarse mediante el control de las operaciones de guerra por parte de los comandantes, quienes hasta cierto punto son responsables por sus subordinados. De esta forma, independiente de que el superior jerárquico participe directamente o no de las operaciones militares será responsable por los delitos cometidos por sus subordinados en tanto que le reviste una obligación de supervisión y control que se desprende de la naturaleza de su cargo y que parte de la rígida estructura de la organización militar¹⁰⁵.

El caso de los Rehenes. Con ocasión de la invasión alemana hacia 1941 a Albania y Grecia se llevaron a cabo por parte del ejército alemán asesinatos a civiles desarmados que desencadenaron en responsabilidad a los militares superiores¹⁰⁶. Se argumentó que una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta área de competencia, el oficial responsable debe intervenir. Así mismo un comandante está obligado a conocer, mucho más si recibe información confiable, acerca de las atrocidades cometidas por sus subordinados¹⁰⁷. También este caso concluyó que el comandante de un cuerpo de ejército es responsable por los crímenes que cometan sus subordinados, aun cuando estos no actúan en ejecución de sus órdenes, si el comandante conocía o debía conocer que tales crímenes se iban a cometer, se estaban cometiendo o se habían cometido y no

¹⁰⁴ Trial of General Tomoyuki Yamashita; United States Military Commission, Manila; Juicio del 4 de febrero, 1946.

¹⁰⁵ Cardona Rentería, Yira. Responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública a partir del control efectivo en Colombia. Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Público Militar, Bogotá, 2016. Disponible en:

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17233/CardonaRenteriaYiraWendy2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁰⁶ United States v. List et al. (Case 7). Tribunal War Crime, Vol XI, 1948. Disponible en: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf

¹⁰⁷ KAI AMBOS. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. ADPCP, VOL. LII, 1999

tomó las medidas necesarias para impedir, hacer cesar esos crímenes o para sancionar a sus autores directos¹⁰⁸.

El caso *Abbay Ardenne*. Con ocasión de la masacre de oficiales canadienses, en junio de 1944, prisioneros de una división del ejército alemán, el comandante de brigada Kurt Meyer fue procesado por su responsabilidad en lo sucedido debido a la posición que ostentaba a partir de la cual incitó y alentó a las tropas bajo su mando a negar clemencia y acabar con la vida de sus prisioneros¹⁰⁹. Se advirtió al respecto “el rango del acusado, los deberes y responsabilidades del acusado en virtud del mando que ostentaba, y el entrenamiento de los hombres bajo su mando, su edad y experiencia, daban cuenta que el acusado había ordenado, estimulado, -bien verbalmente, bien tácitamente- consentido en la matanza de prisioneros”¹¹⁰.

El caso *Nanking*. Con ocasión de la masacre realizada por las tropas japonesas contra la población china de Nanking fue hallado responsable el General japonés Matsui por la posición de mando que tenía sobre las tropas japonesas a su cargo¹¹¹ (Kiss. A 2016, p 43)

El caso *Kafr Qassem*. Con ocasión de la masacre de aldeanos de Kafr Qassem en el Sinaí durante la incursión militar del ejército israelí hacia octubre de 1956 la Corte Militar de Apelaciones de Israel, encontró responsable a un teniente, que estaba enterado de lo estaba ocurriendo y no tomó medida alguna para detenerlo¹¹².

¹⁰⁸ Andreu-Guzmán, Federico. Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada. Comisión Colombiana de Juristas, 2012. Recuperado de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

¹⁰⁹ The *Abbaye Ardenne* Case. Trial of S.S. Brigadefuhrer Kurt Meyer. (CASE NO. 22). Canadian Military Court. 1945. Disponible en: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.28_Canada_v_Meyer.pdf

¹¹⁰ Equipo Nizkor. Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de derecho internacional y de derecho internacional de derechos humanos, de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. Informe, 2007. Disponible en: www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol/html

¹¹¹ Kiss, A. La responsabilidad penal del superior ante la corte penal internacional. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016. Disponible en: www.zisonline.com

¹¹² KAI AMBOS. Op. Cit., p. 532

El caso “Celebici”. Con ocasión de las tensiones étnicas en la región de Bosnia y Herzegovina a inicios de la década de los años 1990, se llevaron a cabo operaciones militares y enfrenamientos con la población civil que condujeron al arresto de varios serbios¹¹³. El campo de reclusión Celebici recibió a aquellos prisioneros que por falta de espacio no fueron reclusos en los centros tradicionales. A través del proceso se demostró que los prisioneros de este campo fueron víctimas de varios delitos como torturas y confinamiento ilícito¹¹⁴.

Los acusados Delalic, Mucic y Delic, fueron imputados por crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los Convenios de Ginebra, fundamentando su responsabilidad en los cargos que ostentaban los acusados en relación con el campo de reclusión: el señor Mucic era el comandante, el señor Delalic ejercía un mando general y el señor Delic era el comandante encargado para la época en que ocurrieron los hechos. El Tribunal encontró que en este caso se configuraban los elementos esenciales que fundamentan la responsabilidad del superior, al existir una relación de subordinación entre los acusados y los guardias que cometieron las conductas criminales; al concluir que -en razón a las distintas evidencias que denotaban la comisión de tales conductas contra los internos del campamento Celebici, como la tortura y otros tratos crueles- los acusados sabían o tenían razones para saber de su comisión; al comprobarse que a pesar de su mando y control efectivo, los acusados no tomaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar esas conductas¹¹⁵.

Caso Bemba Gombo-Primera instancia- Se declaró culpable a Jean-Pierre Bemba Gombo, por crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por las

¹¹³ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Sala de Primera Instancia; Caso Prosecutor v. Zejnir Delalic, et al (Celebici case); Sentencia de primera instancia; 1998.

¹¹⁴ MATEUS-RUGELES, ANDREA. La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma y en Colombia. Revista Estudios en Seguridad y Defensa 5(9): 41-48, 2010. Disponible en: <https://www.esdeguerevistacientifica.edu.co/index.php/estudios/article/view/101/191>

¹¹⁵ *Ibidem*.

tropas bajo su mando, en contra de la población civil, durante una operación del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) en la República Centroafricana (RCA), llevada a cabo entre finales de octubre de 2002 y principios de marzo de 2003¹¹⁶. Lo anterior debido a la posición de mando de Bemba sobre las tropas del MLC en la operación mencionada, el conocimiento por parte del superior jerárquico de que el crimen estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido, o la comprobación de que tenía un conocimiento debido sobre su comisión y el incumplimiento de la obligación de tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o hacer cesar el crimen y castigar al autor¹¹⁷.

Caso Bemba Gombo-Segunda instancia- La Cámara de Apelaciones de la CPI revocó la decisión tomada en primera instancia, al valorar que fue condenado erróneamente bajo la figura de responsabilidad de mando por crímenes que no recaían dentro de su alcance como comandante y por la presencia de limitaciones al investigar y enjuiciar los crímenes, teniendo en cuenta que ejercía el mando desde un país extranjero de manera remota¹¹⁸.

1.4 SÍNTESIS DE CAPÍTULO

Visto lo anterior, resulta claro que la responsabilidad del mando en el derecho internacional ha sido una figura desarrollada en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y los instrumentos correspondientes del DIH a partir de los cuales se

¹¹⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III [2016] La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo. Veredicto con Anexos Públicos I, II y A –F, No.ICC-01/05-01/08. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

¹¹⁷ Ospina, María Camila y Canosa, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016.

¹¹⁸ Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones [2018] La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeal of Mr. Jean Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant article 74 of the Statute”, No. ICC-01/05-01/08 A. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF

determina su concepto y contenido como una forma de responsabilidad por omisión (del superior) que abarca diferentes modalidades de intervención en un hecho delictivo ejecutado materialmente por terceros (subordinados).

La omisión se predica del superior por a) no haber evitado la comisión de crímenes por parte de sus subordinados bajo su mando, no obstante i) saber de su comisión o ii) debido saber de la misma; o b) no haber reprimido estos crímenes o informado a las autoridades competentes no obstante iii) estar al tanto de su comisión o iv) debido estarlo por las circunstancias del momento.

Sin embargo, es una figura de difícil aplicación en los ordenamientos jurídicos internos, siendo cuestionada pues debido a las diversas hipótesis que abarca puede conducir a tratar todos los eventos con la misma gravedad y obstaculizar salidas negociadas del conflicto armado con actores militares, por cuanto podría verse como amplificadora de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL

En Colombia se han visto involucrados los mandos de la Fuerza Pública en violaciones de DDHH o infracciones graves al DIH por los hechos de sus subordinados. En la legislación penal nacional, para la imputación de responsabilidad penal en estos casos se contempla la omisión impropia o comisión por omisión en los eventos en los que se está en posición de garante (art. 25). Así mismo, en virtud del Acuerdo de Paz, y cuando los hechos punibles estén relacionados de manera directa o indirecta con el conflicto armado, se acude a la responsabilidad penal por línea de mando, cuyo fundamento es el acto legislativo 01 de 2017

Significa ello, que coexisten dos regulaciones, pero la JEP tiene competencia prevalente y exclusiva respecto de todos quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, hayan cometido delitos en el contexto y en razón de éste¹¹⁹.

Precisamente este capítulo muestra, en primer lugar, el acto legislativo 01 de 2017 y su desarrollo normativo; su aplicación a los agentes estatales de la fuerza pública; y en segundo lugar la jurisprudencia en torno al artículo 25 mencionado.

2.1 EL ACTO LEGISLATIVO 01/2017 RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO DE LA FUERZA PÚBLICA

¹¹⁹ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de definición de situaciones jurídicas. Resolución 83 del 7 de mayo de 2018. Rad. 10-000022-2018, p. 6. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/resolucio%CC%81nAASTHON.pdf>

A través del acto legislativo 01 de 2017 se creó un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y

Duradera; en él como se mencionó previamente, se estableció el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, compuesto entre otras instituciones, por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Ésta jurisdicción “administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”¹²⁰.

Sus objetivos “son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas”¹²¹.

Es competente esta jurisdicción de manera prevalente sobre “las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹²², por quienes hayan participado en él antes del 16 de diciembre de 2016. Dentro de ellos se contempla a los Agentes del Estado, entendidos como aquellos que “al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como Miembro de las

¹²⁰ Acto legislativo 01 de 2017. Art transitorio 5.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Acto legislativo 01 de 2017. Art transitorio 6.

Corporaciones Públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, mediante acciones u omisiones [...] y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste el determinante de la conducta delictiva ¹²³.

Sobresalen tres factores de competencia sobre agentes estatales: el primero, el personal, relativo a la condición de agente del Estado que de conformidad con el artículo 63 de la Ley 1957 de 2019 “Estatutaria de la JEP” cobija a:

(...) toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, miembros de la Fuerza Pública sin importar su jerarquía, grado, condición o fuero que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado.

Y a la comisión de delitos relacionados o la participación en el diseño o ejecución de los mismos por causa del conflicto o con ocasión a este, “mediante acciones u omisiones cometidas (...) sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste la causa determinante de la conducta delictiva”¹²⁴.

El segundo, el material que corresponde a la conducta punible por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado, y sin fines exclusivos de enriquecimiento del autor, partícipe o determinador; y el tercero, el temporal, que exige la ocurrencia del hecho antes del 1 de diciembre de 2016¹²⁵.

¹²³ Acto legislativo 01 de 2017. Art transitorio 17

¹²⁴ Ley 1957 de 2019. Artículo 63.

¹²⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de definición de situaciones jurídicas. Op. Cit. p. 7

Dentro de estos agentes estatales, hace parte la Fuerza Pública y los civiles no armados con función de mando, frente a los cuales se contemplan dos cláusulas de responsabilidad. La primera estipulada en el artículo transitorio 22 del acto legislativo¹²⁶ en virtud de la cual la calificación jurídica de la conducta por parte de la JEP se fundamenta en la Constitución Política, particularmente su artículo 29, el Código Penal vigente a la comisión del hecho, el DIH y el DIDH. La segunda, contemplada en el artículo 24 ibídem, objeto de esta investigación, a partir de la cual la JEP juzga a través de la figura de la “responsabilidad del mando” para quienes han ostentado la posición de superior en calidad de miembros de la Fuerza Pública.

Dicho artículo se transcribe de nuevo e integralmente, debido a su importancia:

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 1 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

¹²⁶ Artículo transitorio 22. Calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará, con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política, en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH). La JEP respetará las obligaciones internacionales de investigación, juzgamiento y sanción. Lo anterior, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. (...).

punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes: a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir; c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

Del artículo se desprenden los siguientes criterios concurrentes para su aplicación a la Fuerza Pública:

Fuentes de la Responsabilidad. Se prevé que, para determinar la responsabilidad del mando en la Fuerza Pública, la JEP deberá aplicar el Código penal, el DIH como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública siempre que no sean contrarias a la normatividad legal, como cláusula de responsabilidad diferente a la contemplada en el artículo transitorio 22 del acto legislativo en mención para la calificación de la conducta por parte de la JEP y que en líneas atrás se explicó.

En cuanto al Código Penal, esta figura no se encuentra expresamente contemplada en él y como se advirtió el artículo 25 de dicha regulación ha sido el fundamento normativo usado y las figuras de comisión por omisión o la omisión impropia. Sirven de ejemplo tres casos: el primero, denominado caso de La Gabarra, en el cual se condenó por parte de la Corte Suprema de Justicia a un teniente del Ejército

Nacional, por no salir en defensa de la ciudadanía cuando se presentaban ataques por parte de organizaciones al margen de la ley, conforme con la teoría de la posición de garante y las situaciones de connivencia y aquiescencia que se presentaron entre las fuerzas armadas con los grupos al margen de la ley¹²⁷.

El segundo, el caso de Iván Ramírez por los hechos ocurridos en la “toma” del Palacio de Justicia, en el cual se condenó al general a cargo de la operación militar como coautor de la conducta de desaparición forzada, teniendo en cuenta que “no fue, no pudo, no podía ser ajeno a la aprehensión y posterior desaparecimiento de la guerrillera Irma Franco Pineda”¹²⁸. El tercero, sobre falsos positivos, en el cual se condena como coautores de los delitos de secuestro simple agravado y homicidio agravado al sargento viceprimero Juan Bautista Uribe Figueroa, como consecuencia de su actuar voluntario y coordinado con el objeto de cumplir su propósito de ejercer un ajusticiamiento extrajudicial en contra de la vida de Raúl Báez Ortega y William Rodríguez Gélvez¹²⁹.

En estos casos, se observan las particularidades y requisitos para declarar la responsabilidad con fundamento en el artículo 25 del Código Penal que en contraste con la responsabilidad de mando tiene un ámbito restringido. Como advierte Gustavo Cote “el ámbito de aplicación del artículo 25 Código Penal Colombiano no coincide con el de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ni cubre las mismas hipótesis fácticas que, el artículo 28 del Estatuto de Roma”¹³⁰.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16258-2015. M.P. José Luis Barceló Camacho, Rad. 45463.

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3956-2019. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad. 46382

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de octubre de 2009. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 25682

¹³⁰ Cote-Barco, Gustavo. Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional? *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-28.rsjr>

Adicionalmente, en la sentencia de casación del 5 de junio de 2014, la Corte Suprema de Justicia sostiene que en los delitos de omisión impropia solo cabe la autoría, ya que aquí se aplicaría “un concepto unitario de autor”, el cual, “es acogido por nuestro legislador penal”¹³¹. Esto se explica “si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión”¹³².

Esta última afirmación es correcta en términos generales, pero de ahí no se desprende que en los delitos de omisión impropia se aplique un concepto unitario de autor ni mucho menos que este haya sido acogido por el legislador colombiano. En los delitos de omisión impropia, al ser delitos de deber, tal como lo explica Claus Roxin, el criterio para diferenciar entre autores y partícipes no es el dominio del hecho¹³³, como ocurre en los delitos que el autor cataloga de dominio, sino la infracción de un deber¹³⁴.

También afirma la Corte Suprema que el superior militar a quien se informa de una amenaza contra la población civil adquiere la posición de garante por el hecho mismo del conocimiento, así no tenga asignada “el área donde ocurre el suceso” y que su deber, en caso de no contar con capacidad de reacción, consistiría en transmitir esa información a quien “sí tenga esa posibilidad de respuesta efectiva”, so pena de responder por los crímenes que efectivamente se cometan.

En este razonamiento, se olvida que la posición de garante surge del ámbito de competencia que corresponde al rol social que cumple la persona y que con relación

¹³¹ CSJ, Sala de Casación Penal, Radicación 35113, sentencia de casación, 5 de junio de 2014, magistrado ponente Eugenio Fernández-Carlier

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Claus Roxin, nota al pie 45, 106 ss

¹³⁴ *Ibíd.*

a miembros de la Fuerza Pública está surge de la competencia que le ha sido previamente asignada en el ordenamiento jurídico vigente. Por ello, al decir que la posición de garante se deriva del conocimiento, se hace depender un elemento objetivo de la responsabilidad penal por omisión de aspectos subjetivos, los cuales se deben establecer en un paso posterior en el análisis de la responsabilidad penal y no son relevantes para determinar si el sujeto tiene o no un deber, sino para establecer la intensidad del injusto en el que se ha incurrido por el incumplimiento de deberes previamente establecidos.

Lo anterior da cuenta, de las imprecisiones existentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con la autoría en los delitos de omisión impropia y con los factores que pueden generar la posición de garante, siendo un tema complejo frente al cual aún hay dudas importantes¹³⁵.

Así mismo, el caso analizado por la Corte Constitucional en sentencia SU-1184 de 2001 sobre dos miembros del Ejército colombiano, un brigadier general y un teniente coronel, que al parecer no realizaron las acciones debidas con el fin de impedir que un grupo paramilitar, el cual se había desplazado de una región de Colombia a otra utilizando incluso varios medios de transporte, cometiera una masacre en una población que mantuvo ocupada por cinco días¹³⁶; analiza aspectos concretos de la responsabilidad penal por omisión.

Señala al respecto que los miembros de la Fuerza Pública pueden tener posición de garante con fundamento en dos posibilidades: “o bien porque en el desarrollo de actividades peligrosas han creado riesgos que en principio son permitidos pero de los cuales se derivan deberes de seguridad en el tráfico y, cuando estos fallan, deberes de salvamento (competencia por organización) , o bien porque al

¹³⁵ Cote, op. Cit. p. 86

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184-01, 13 de noviembre de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre-Lynett, apartado I. 1

pertenecer a una institución básica para la estructura social tienen el deber de “configurar un mundo en común con alguien” y esto supone protegerlo contra los peligros que lo amenacen, independientemente de dónde provengan estos peligros (competencia institucional)”¹³⁷.

Esta posición de garante para la Corte, no debe ser establecida en abstracto sino en concreto, teniendo en cuenta el ámbito de competencia material, funcional y territorial de cada individuo¹³⁸. Tanto en los casos de competencia por organización como institucional, el miembro de la Fuerza Pública debe responder penalmente por el resultado lesivo efectivamente producido, por sus subordinados en el primer caso o por terceros en el segundo¹³⁹.

En este punto, se vincula la responsabilidad del superior jerárquico a la posición de garante con fundamento en la competencia por organización, bajo el entendido de que el miembro de la Fuerza Pública que tiene mando debe “tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales”¹⁴⁰. Ello se sustenta además para la Corte en “la obligación de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (...) por lo que permitir que ocurra, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social (...)”¹⁴¹.

Así pues, la Fuerza Pública, advierte la Corte, (como institución) no puede renunciar a la obligación de proteger a la población civil; no obstante, tiene límites cuando se trata de establecer la responsabilidad penal ante un eventual incumplimiento

¹³⁷ *Ibíd.*, apartado II. 15. 1 y 17

¹³⁸ *Ibíd.*, nota al pie 83, apartado II. 17. b y 20

¹³⁹ *Ibíd.*, apartado II. 18 y 20.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, apartado II. 17. a

¹⁴¹ *Ibíd.*, apartado II. 17. c

concreto por parte de un individuo. Por ello, en casos de responsabilidad penal por omisión “el título de imputación”, con relación a miembros de la Fuerza Pública, “se hace por el delito de lesa humanidad” efectivamente cometido¹⁴².

La consecuencia de lo anterior es que quien incumple negligentemente su deber responde a título de dolo por el resultado antijurídico causado (dolosamente) por un tercero, debido a que tenía posición de garante; sin olvidar que “la responsabilidad penal no surge inmediatamente después de haber sido verificada la posición de garante”, ya que presupone la reunión de todos los elementos del delito”¹⁴³.

En este caso, el intento de la Corte por sustentar en la legislación penal la responsabilidad del superior, reproduce las ambigüedades y dificultades de esta figura que han sido expuestas en el ámbito internacional y da cuenta de su complejidad en su abordaje jurisprudencial.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del DIH como ley especial, conviene subrayar que esta connotación refiere a su carácter especializado que ofrece en determinadas situaciones mayor grado de protección que el DIDH, de modo que resulta útil para interpretar de forma más amplia las garantías de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco del conflicto armado¹⁴⁴; no obstante, no puede entenderse como excluyente del DIDH sino como complementario. En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) afirma que “cuando se invoca la aplicación del DIH como *lex specialis* se debe entender más como una regla hermenéutica según la cual los tratados han de interpretarse a la

¹⁴² *Ibíd.*, apartado II. 18

¹⁴³ *Ibíd.*, nota al pie 83, apartado II. 18

¹⁴⁴ OLASOLO, Héctor y CANTOR, Jannluck. La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Polít. crim.* [online]. 2018, vol.13, n.25. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000100444&lng=es&nrm=iso>. p. 448

luz de cualquier otra obligación que vincula a las partes, que como la aplicación de la regla *lex specialis derogat legi generali*¹⁴⁵.

Conforme a ello, ambos cuerpos normativos son complementarios y se aplican de modo confluyente, siendo el DIH un instrumento de interpretación del DIDH y viceversa. La Corte Constitucional en sentencia C-084 de 2016 mantiene tal postura y señala que “la aplicación del derecho internacional humanitario (...) no puede excluir otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, dado el carácter complementario y convergente de estos cuerpos normativos que participan de un núcleo común de protección, en tanto que bajo el principio de humanidad, uno y otro forman parte del régimen internacional de protección de los derechos de la persona”¹⁴⁶.

Finalmente, el art. 24 transitorio del Acto Legislativo 01/2017 hace también referencia a la aplicación de las reglas operacionales de la Fuerza Pública siempre que no sean contrarias a la normatividad legal, lo que incluye también el Bloque de Constitucionalidad, en el cual se entienden integrados los tratados que conforman el DIDH y el DIH¹⁴⁷.

En la exposición de motivos del proyecto de acto, al respecto se señaló que las reglas operacionales son las *lex artis* de los miembros de las Fuerzas Militares, teniendo en cuenta que en ellas se consagra lo concerniente a cómo debe ser el planteamiento, qué se entiende por la ejecución de una operación militar, por el uso de la fuerza, los riesgos, y demás aspectos que acompañan las operaciones, incluido el proceso militar de toma de decisiones¹⁴⁸. Por tanto, cada militar partícipe de la operación, deberá responder si dentro de su actividad o en el desarrollo de

¹⁴⁵ BORELLI, Silvia, “The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict” en PINESCHI, Laura (Ed.), *General Principles of Law - The Role of the Judiciary*. Heidelberg: Springer, 2015, pp. 265, citado en Olásolo, op. cit. p. 450.

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Rad. D-10903

¹⁴⁷ Olásolo, op. cit. p. 448

¹⁴⁸ Exposición de motivos proyecto de Acto Legislativo 001 de 2017. Gaceta del Congreso No. 1165.

esta actividad incumplieron esas reglas, y si el proceso de toma de decisiones siguió tales parámetros, fungiendo, así como un estándar de la valoración de la conducta para la determinación de responsabilidad.

Sobre estas reglas, la Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 2018 señala que “son contenidos del ámbito administrativo de la Fuerza Pública que tienen por objeto regular la realización de los operativos militares conforme a las normas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario”¹⁴⁹. Están sujetas a un marco constitucional, legal y jurisprudencial que se concretiza en instrucciones de índole administrativa sobre la conducción de operaciones y hostilidades¹⁵⁰. Aunado a ello, tienen valor probatorio para calificar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, siempre que no vulneren “los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario”¹⁵¹

Agrega la Corte “deben entenderse como contenidos normativos de naturaleza administrativa que regían la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el momento de las operaciones militares”¹⁵². Por tanto, “no tienen la virtualidad de tipificar delitos y ocupan, dentro del sistema de fuentes, un lugar subordinado a la Constitución y a la ley, como lo señala el mismo artículo transitorio 22”¹⁵³.

Sin embargo, el concepto de regla operacional es indeterminado y ambiguo. Por ello, pueden resultar problemáticas por el desconocimiento y ambigüedad de su significado y contenido, así como por el hecho que no se encuentran condensadas en un solo documento, dependen de cada nivel jerárquico y se van actualizando o ajustando conforme cambia la política de defensa y seguridad del Estado. Además,

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*

pueden entrar en tensión con la figura en sí de la responsabilidad del mando, ya que como sucede con “el Manual MFE 6-27 sobre Derecho Operacional Terrestre, éste contienen una definición de la responsabilidad del mando notablemente más cercana a los estándares internacionales que lo dispuesto en el art. 24 transitorio”¹⁵⁴.

Del control efectivo sobre los subordinados al control efectivo sobre sus conductas punibles. Se prevé también que la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente “en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”, los cuales de conformidad con la regulación internacional, son factores indiciarios de la existencia de una relación de subordinación, aunque ciertamente no suficientes para demostrarla, ni para desacreditarla¹⁵⁵.

Seguido a ello, el texto del artículo 24 transitorio fija los parámetros para el entendimiento de “mando o control efectivo” el cual deberá recaer sobre la conducta. Precisamente este condicionamiento resulta problemático en tanto que de conformidad con la normativa internacional debe recaer sobre las unidades subordinadas que planean o llevan a cabo las conductas criminales, so pena de, como advierte Olásolo “trasladar elementos propios de ciertas formas de autoría, como las que requieren el dominio del hecho (en particular, la autoría mediata), a la responsabilidad del mando, la cual se configura como un delito de omisión propia, o una forma de participación por complicidad dolosa o imprudente”¹⁵⁶.

En ese mismo sentido, la Fiscal de la Corte Penal Internacional expresó “no es un elemento con arreglo al derecho internacional consuetudinario o al Artículo 28 del Estatuto de Roma, que solamente exige que el jefe ejerza su mando o control

¹⁵⁴ Olásolo, op. cit. p. 449

¹⁵⁵ MILANOVIC, Marko, “The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law” en OHLIN. Jens, *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 78, citado en Olásolo, op. cit. p. 450.

¹⁵⁶ Olásolo, op. cit. p. 451.

efectivo sobre sus subordinados que cometen los crímenes”¹⁵⁷. Su exigencia sugiere para la Fiscal un “tipo de restricción sobre el alcance de la conducta del subordinado por la que el superior podría ser responsabilizado”¹⁵⁸.

Así mismo, exigiría establecer que “el subordinado actuaba o no de conformidad con sus deberes oficiales al cometer el crimen en cuestión”¹⁵⁹, lo cual frustraría el objeto de la responsabilidad del mando que tiene en cuenta el abandono, por parte del jefe militar, de sus deberes con arreglo al derecho internacional¹⁶⁰. Por ello a pesar de su redacción, debe entenderse que lo que se debe probar es la capacidad material del superior para prevenir, reprimir o remitir a la autoridad competente los crímenes internacionales de sus subordinados.

Adicionalmente, el artículo 24 transitorio establece cuatro condiciones convergentes para probar el mando y control efectivo por parte del superior militar:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus

¹⁵⁷ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal, op. Cit. p. 6.

¹⁵⁸ *Ibíd.* p. 6

¹⁵⁹ *Ibíd.* p. 6

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 6

subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión

En primer lugar (a), se exige que la conducta punible haya sido cometida “dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando” y “que tenga relación con actividades bajo su mando”. Éste último, desconoce el ámbito militar, donde el control del superior no se restringe a la actividad operativa sino a todos los aspectos de la vida castrense, en lo que pareciere una extensión de un requisito que a nivel internacional solo aplica para los superiores civiles.

Sobre el área de responsabilidad, la Fiscal de la CPI señala que éste tampoco es un requisito exigido por el artículo 28 del Estatuto de Roma o el derecho internacional consuetudinario, y si es inconveniente por cuanto “revive los requisitos *de jure* para establecer la existencia de control efectivo, e ignora la realidad de los poderes que el superior *tuviese realmente*”¹⁶¹, pues en últimas ésta área es solo una asignación formal.

El caso Bemba Gombo-primera instancia-es ejemplar de ello, en la medida en que el jefe militar congoleño es condenado por crímenes cometidos por sus subordinados por fuera de su área de responsabilidad, en otro país: la República Centroafricana. Esto porque lo jurídicamente importante es si “el superior tenía “control efectivo” sobre los autores de los crímenes al momento en que fueron cometidos, en el sentido de la capacidad material de prevenir sus crímenes futuros o de castigar los crímenes pasados”¹⁶², siendo una cuestión de hecho, de prueba, y no de derecho.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 7

¹⁶² *Ibíd.* p. 8

El riesgo con este criterio, es la exclusión de los jefes militares que tenían el poder y la autoridad de prevenir o castigar el crimen de un subordinado, pero carecían de autoridad de jure sobre el área en la que los crímenes tuvieron lugar.

En segundo lugar (b), se exige la capacidad legal y material del superior para emitir órdenes y hacerlas cumplir; sin embargo, este no es un requisito de conformidad con el derecho internacional en la medida en que el parámetro del control efectivo es solo la capacidad material de prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados por parte del superior; por tanto, es un tema de prueba y no de formalidad legal, la cual en todo caso solo es un indicio, pero ciertamente no es necesario ni suficiente¹⁶³. El caso “Celebici” abordó este aspecto al señalar que “es necesario mirar el ejercicio efectivo (material) del poder de control y mando y no los títulos formales”¹⁶⁴, pues la posesión de la capacidad legal en sí misma puede no ser suficiente para encontrar la responsabilidad del superior si no se manifestó en un control efectivo.

Adicionalmente, este control de jure, excluiría “la responsabilidad de los superiores *de facto*, quienes a pesar de no haber sido designados legalmente pueden contar con autoridad y control efectivo al tener la capacidad material para emitir ordenes, hacerles seguimiento y exigir su cumplimiento”¹⁶⁵, ejemplo de ello, los superiores de fuerzas no militares de seguridad de un Estado, las estructuras paramilitares y/ los grupos armados de oposición.

En tercer lugar (c), se establece que dentro del área donde se cometieron los hechos y conforme al mando, el superior militar tenga la capacidad efectiva desarrollar y llevar a cabo operaciones. Nuevamente se desvía este requisito del

¹⁶³ *Ibíd.* p. 10

¹⁶⁴ Fiscal c. Celebici, ICTY-96-21-A, (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 256

¹⁶⁵ Olásolo, *op. cit.* p, 449

derecho internacional ya que las conductas punibles pueden ocurrir fuera del área de operaciones y el mando aún se mantiene, por lo tanto, el control efectivo.

En cuarto lugar (d) se contempla que el superior tenga capacidad directa de tomar las medidas adecuadas, para evitar o reprimir los crímenes. Ello, restringe la responsabilidad del mando, al excluir a “los superiores militares que sin ser los mandos inmediatos de quienes comenten los crímenes, cuentan, sin embargo, con la capacidad material para tomar algunas de las medidas”¹⁶⁶. Así se podría “sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que potencialmente tienen algunas de las responsabilidades más grandes, por ser los de mayor jerarquía”¹⁶⁷.

Entra en contradicción con el derecho internacional que permite la extensión de la responsabilidad de manera vertical por toda la cadena de mando, hasta el mayor rango, siempre y cuando se conserve la capacidad material mencionada.

El elemento objetivo. Este aspecto refiere sobre la omisión de la obligación de adoptar los medios al alcance del superior para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes. Sin embargo, y como ha dejado claro la Fiscal de la CPI deben entenderse “todos los medios necesarios y razonables, además de idóneos y proporcionales para prevenir o repeler la amenaza o castigar su ocurrencia”¹⁶⁸

El elemento subjetivo. Refiere a la última condición exigida para el control efectivo, y es que la responsabilidad del mando se funde “en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta” y en “el conocimiento actual o actualizable” del que disponga el superior¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 489

¹⁶⁷ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal, op. Cit. p.11.

¹⁶⁸ *Ibíd.* p. 12.

¹⁶⁹ Olásolo, op. cit. p, 491

Esta condición tampoco resulta muy ajustada al derecho internacional ya que “se aparta tanto del estándar de *tenía razones para saber* con arreglo al derecho internacional consuetudinario, así como del estándar *hubiera debido saber* del Estatuto de Roma”¹⁷⁰ y por tanto excluye el estándar de “una actitud proactiva del superior militar para informarse acerca de las actividades de sus subordinados y, en caso de que dicha información alerte objetivamente sobre la posibilidad de que los subordinados estén preparando, o cometiendo, crímenes internacionales, adoptar las diligencias de investigación necesarias para esclarecer esta situación”¹⁷¹.

A la luz de lo expuesto, 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, se requiere la concurrencia de los anteriores criterios, los cuales se pueden sintetizar así “ debe existir un control efectivo sobre la conducta realizada por el subordinado; 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, se deben considerar los medios que el superior tenía a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”¹⁷²

2.2 SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA DISPOSICIÓN

La Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017 analizó la constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2017 y de su artículo transitorio 24 expuesto con precedencia, fijando los alcances de la responsabilidad por línea de mando aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁷⁰ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal, op. Cit. p.11.

¹⁷¹ Olásolo, op. cit. p, 492

¹⁷² Portilla, Guillermo. Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia. Nuevo Foro Penal No. 88, enero-junio 2017, Universidad EAFIT.

En primer lugar, expuso que i) es una regulación especial que está llamada a operar para los delitos de base que fueron cometidos en el marco del conflicto armado, ii) se rige por 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 legal¹⁷³.

También que iii) son criterios para su configuración el mando y control efectivo por parte del superior sobre la conducta de los subordinados, no pudiéndose fundar exclusivamente en la jerarquía o rango, la comisión de la conducta punible dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando, relacionada con las actividades de las cuales es responsable, con capacidad para emitir, modificar y hacer cumplir órdenes, desarrollar y ejecutar operaciones, tomar las medidas para evitar o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados. Además, conocimiento actual o actualizable por parte del superior de los hechos punibles y la omisión de las medidas a su alcance para prevenir o evitar la comisión de los delitos o para promover las investigaciones correspondientes¹⁷⁴.

En segundo lugar, explica la Corte que, si bien lo transcrito en el artículo 24 no coincide plenamente con la redacción del artículo 28 del Estatuto de Roma o la Regla 153 de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario o en el Protocolo I, sí coincide en los elementos estructurales que dicha normativa estipula para la responsabilidad del superior, teniendo en cuenta que:

(i) en uno y otro caso se establece la responsabilidad por el hecho de un tercero, y en particular, la responsabilidad de quienes tienen la autoridad y el control efectivo dentro de una organización por los delitos cometidos por sus subordinados; (ii) en uno y otro caso la responsabilidad por el hecho del otro se configura por una conducta omisiva, esto es, no por contribuir positivamente a la realización de delitos,

¹⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2011. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. RPZ-003 secc. 5.5.1.11.

¹⁷⁴ *Ibíd.* secc. 5.5.1.11

sino por no adoptar medidas para evitar o para sancionar su comisión; (iii) tercero, en uno y otro caso la responsabilidad se extiende tanto a la hipótesis de la omisión de medidas de prevención de delitos aún no perpetrados, como a la omisión de medidas de sanción de crímenes ya cometidos; (iv) finalmente, en uno y otro caso se exige un elemento subjetivo que descarta la responsabilidad objetiva, ya que quien tiene el mando debe haber tenido el conocimiento, o al menos debe haber contado con los elementos de juicio para poder inferir la actual o potencial comisión de delitos¹⁷⁵.

Además, la Corte señala que las diferencias versan sobre el alcance específico de los criterios de valoración de la conducta y no de sus elementos esenciales, de forma que mientras “el artículo 28 del Estatuto de Roma se refiere genéricamente a la responsabilidad de quienes tienen el mando y el control efectivo, o la autoridad y el control efectivo, el artículo transitorio 24 no solo introduce la exigencia anterior, sino que además especifica los criterios de valoración de este requisito en el escenario de la fuerza pública, determinando que las conductas punibles deben haber sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del implicado, y que éste debe tener la capacidad legal y materia para emitir órdenes, de modificarlas y de hacerlas cumplir, así como la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones donde se cometieron los delitos, y de tomar medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta punibles de los subordinados”¹⁷⁶.

De igual modo, mientras “el artículo 28 del Estatuto de Roma se refiere al elemento subjetivo exigiendo que el superior debe *haber sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*, la fórmula del artículo

¹⁷⁵ *Ibíd.* secc. 5.5.1.11

¹⁷⁶ *Ibíd.* secc. 5.5.1.11

transitorio 24 hace alusión al *conocimiento actual o actualizable* como requisito para la configuración de la responsabilidad. Y mientras el artículo transitorio 24 se refiere al control efectivo sobre la conducta delictiva del subordinado, el Estatuto de Roma exige el control general sobre el subalterno¹⁷⁷. Concluye así la Corte que la regulación de la figura de la responsabilidad de mando contenida en el artículo transitorio 24 si bien no se ajusta en su integridad al derecho internacional, tiene como contrapartida una ganancia sustantiva en términos de la consecución de la paz, de la verdad, de la reparación, y de la no repetición.

Al respecto es importante señalar dicha contrapartida sustancial, si bien justifica la no correspondencia plena con el derecho internacional, es preciso en el ejercicio hermenéutico no prescindir de los estándares, para garantizar la estabilidad jurídica del proceso y el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano.

En tercer lugar, señala la Corte que “la existencia de una regulación especial y diferenciada para los miembros de la fuerza pública se explica y se justifica por el escenario transicional en el que se inserta el Acto Legislativo 01 de 2017, acto que deliberadamente buscó instaurar un tratamiento penal especial que suprime, al menos parcialmente, el contenido retributivo del sistema sancionatorio¹⁷⁸.”

Aunado a ello, para la corporación debe tenerse en cuenta que “la legislación ordinaria provee herramientas para la criminalización de los máximos responsables de los delitos de genocidio, de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad cometidos en el contexto del conflicto armado, y en particular, a los superiores jerárquicos en la fuerza pública que omitieron adoptar las medidas para evitar o para sancionar la comisión de delitos por parte de sus subordinados en este escenario¹⁷⁹.”

¹⁷⁷ *Ibíd.* secc. 5.5.1.12

¹⁷⁸ *Ibíd.* secc. 5.5.1.12

¹⁷⁹ *Ibíd.* secc. 5.5.1.11

Dichas herramientas serían, desde el criterio personal: la autoría mediata, la coautoría, la determinación, la complicidad, la comisión por omisión, entre otras. Por ello, la fórmula de la responsabilidad de mando no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni como una estructura rígida, inamovible ni excluyente para el juzgamiento de máximos responsables, sino como un deber de penalización que puede materializarse a través de las categorías que se estimen convenientes para enfrentar ese fenómeno específico. Y en este escenario, la cuestión relevante no es 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 atacar¹⁸⁰. Pese a que tal superposición de categorías pueda ser problemática, y pese a que no existe un consenso sobre la forma en que las estructuras clásicas de imputación penal puedan ser empleadas para sancionar las hipótesis fácticas a las que apunta la figura de la responsabilidad de mando en el derecho internacional, para la Corte el punto relevante es que los operadores de justicia cuentan con un amplio repertorio de títulos de imputación para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra y que en el A.L. 01 de 2017 se ha consagrado una modalidad específica de responsabilidad de mando para los militares¹⁸¹.

Concluye entonces la Corte, que lo decisivo es que los operadores de justicia cuentan con un muy amplio conjunto de instrumentos jurídicos para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario¹⁸².

Este pronunciamiento resulta importante en la medida en que la Corte declara constitucional el artículo 24 transitorio del acto legislativo 01 de 2017 entendiendo

¹⁸⁰ *Ibíd.* secc. 5.5.1.11

¹⁸¹ *Ibíd.* secc. 5.5.1.12

¹⁸² *Ibíd.* secc. 5.5.1.12

que la figura de la responsabilidad por línea de mando debe corresponder solo en lo esencial a la regulación del derecho internacional (DIH y DHHH) por lo que puede variar en los criterios de valoración, no es autónoma ni exclusiva para el juzgamiento de los máximos responsables de crímenes de guerra o de la lesa humanidad por parte de miembros de la fuerza pública, al coexistir con la regulación ordinaria penal, teniendo en cuenta que su propósito es desarrollar la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y por tanto la determinación o no en la JEP de la configuración de la responsabilidad con fundamento en la figura de la responsabilidad de mando.

2.3 SÍNTESIS DE CAPÍTULO

En el ordenamiento jurídico colombiano, el juzgamiento de los mandos militares por los hechos de sus subordinados se ha dado a través de las figuras de la omisión impropia o la comisión por omisión reguladas en el artículo 25 del Código Penal. Así mismo, desde la figura de la posición de garante desarrollada por la jurisprudencia para determinar la autoría en estos casos. Ésta ha generado controversias tanto por su referencia en -algunos casos indiscriminada- al derecho penal internacional y el artículo 28 del Estatuto de Roma por ejemplo respecto del deber de informar a partir del cual los mandos son responsables por su incumplimiento, incluso si no tenían o debían evitar el resultado dañoso.

El acto legislativo 01 de 2017 en su artículo 24 incorpora expresamente esta responsabilidad para ser estudiada por la JEP en referencia con el Estatuto de Roma, pero con la adaptación al contexto del conflicto armado colombiano y con los desarrollos nacionales propios de jerarquía constitucional. Así señala que la misma no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción, sí 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; y en el conocimiento actual o actualizable del que disponga el superior.

Por último, se sustenta 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 y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, solo debe corresponder en lo esencial a la regulación del derecho internacional.

CAPÍTULO III: EFECTOS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR MANDO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

La redacción del artículo 24 del acto legislativo 01 de 2017 no se corresponde con el artículo 28 y el derecho consuetudinario internacional generando algunos desatinos (diferencias) en la eficaz regulación de la responsabilidad por mando de los miembros de la Fuerza Pública. A continuación, se señalan cuáles son y por qué conllevan tales efectos.

3.1 LA INEXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE CAUSALIDAD ENTRE LA OMISIÓN DE LOS SUPERIORES Y LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS Y LA AUSENCIA DE REFERENCIA A LOS SUPERIORES CIVILES.

De lo visto por el art. 24 transitorio del Acto Legislativo 01/2017 se desprende que no recoge referencia alguna en la definición de la responsabilidad del mando al vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes de sus subordinados. La ausencia de este vínculo de causalidad parece alejar la responsabilidad del mando prevista en el art. 24 transitorio, de la comisión por omisión, la autoría mediata por aparatos organizados de poder e incluso la complicidad por omisión. En consecuencia, se podría entender que la naturaleza jurídica de la responsabilidad del mando en el art. 24 transitorio es aquella de los delitos de omisión propia.

Por eso, resulta inadecuado que al mismo tiempo que el legislador colombiano ha adoptado esta aproximación, exija elementos como el control efectivo del superior sobre la específica conducta punible del subordinado, que van exactamente en la dirección contraria, al tratarse de elementos propios de ciertas formas de autoría, que requerirían en todo caso la existencia de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes de los subordinados.

Por otra parte, es importante subrayar que en el mismo se limita el ámbito de aplicación de la responsabilidad del mando a quienes ostentan la condición de superiores de la Fuerza Pública, es decir militares o policiales. Con ello se deja por fuera uno de los elementos más importantes de la definición de la responsabilidad del mando, como es la extensión de su ámbito de aplicación a los superiores civiles. Ello fue ratificado por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017 quien eliminó la obligación de los terceros de acudir a la JEP y dejó como voluntaria su comparecencia al considerar que la jurisdicción especial no es su juez natural, al ser creada con posterioridad a la comisión de las posibles conductas punibles y bajo una lógica de finalización del conflicto diferente de las instancias judiciales ordinarias.

Lo anterior, es particularmente más grave porque las pocas referencias existentes en el Derecho y la jurisprudencia nacionales a la responsabilidad del mando limitan su aplicación a los superiores militares. En consecuencia, se corre el riesgo de generar un amplio espacio de impunidad con respecto a autoridades civiles que tal vez omitieron el cumplimiento de sus deberes ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados y/o fueron partícipes de dichas conductas punibles.

Esto afecta los derechos de las víctimas del conflicto armado, en particular su derecho a la verdad, en la medida en que dependerá de la voluntad de los terceros civiles que participaron directa o indirectamente en el conflicto, relatar lo sucedido y eventualmente ser juzgados por ello.

3.2 EL CRITERIO ADOPTADO DE CONTROL EFECTIVO SOBRE LA RESPECTIVA CONDUCTA CRIMINAL Y EL CONOCIMIENTO BASADO EN LA INFORMACIÓN A DISPOSICIÓN DEL SUPERIOR ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA

Este criterio exige que el control efectivo que ejerce el superior, no sea general sobre los actos de sus subordinados, sino sobre la conducta delictiva específica que derivó en una violación a los derechos humanos o al DIH. A su vez, el modelo de responsabilidad del mando colombiano, se fundamenta en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, según lo dispuesto en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, estableciendo un estándar de conocimiento “actualizable”, que no contempla el derecho internacional.

Teniendo en cuenta lo expuesto, los efectos de la regulación de la responsabilidad del mando en el acto legislativo plurimencionado se relacionan con los elementos “no esenciales” que contempla el Estatuto de Roma y que fueron modificados o adaptados para el caso colombiano, abriendo la puerta a interpretaciones negativas para la salvaguarda de los derechos de las víctimas y los propósitos de justicia, al excluir de juzgamiento a superiores militares o civiles que deberían ser llamados a responder. Lo anterior, por cuanto sin la participación de todos los actores del conflicto, no es posible construir la verdad de lo sucedido y por tanto consolidar la paz.

Así mismo, con la posibilidad para los jueces de acudir a otros títulos de imputación que no obedezcan a la figura estudiada, como efecto de lo señalado en el acto legislativo, supone riesgo al cumplimiento efectivo de la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar en la medida que no son adecuadas en contextos de conflicto, como sí la responsabilidad del mando que con esa lógica fue concebida en el derecho internacional. Lo que es problemático es que no se pueda

individualizar y procesar a los máximos responsables de los actores armados del conflicto (estatales y no estatales). Esto porque la responsabilidad de mando es una figura que nace en contextos posteriores a situaciones de conflictos armados y ha sido desarrollada a través de tribunales penales para el juzgamiento de graves crímenes contra el DIH y el DIDH, convirtiéndola en una herramienta adecuada, particularmente para la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, aunado al hecho de que las demás formas de imputación, al menos para el caso colombiano, no han permitido el juzgamiento eficaz de los superiores.

Finalmente, con la valoración de las medidas de prevención y represión que debe adoptar el comandante frente a las conductas punibles de sus subordinados, pues ésta no es explicada ni delimitada y en consecuencia plantea ambigüedades y vacíos que vía interpretación podrían resultar inadecuados, al socavar la capacidad de la JEP para proceder de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrían surgir de una investigación en la situación en particular por el requisito de control sobre la conducta y por enumerar condiciones concurrentes que hay que probar para demostrar control efectivo, afectando el derecho de las víctimas a una justicia efectiva. Puede resultar representativo lo sucedido con el caso Bemba que, si bien en primera instancia condenó teniendo en cuenta esta valoración, en la segunda, revocó con fundamento en una hermenéutica de las medidas de prevención y represión perjudicial para los derechos de las víctimas.

Teniendo en cuenta ello, se propone al respecto la interpretación del elemento de control efectivo en la responsabilidad del mando, como la capacidad material de control del subordinado con el superior, y no a la relación de este con el crimen cometido, como pretende la variación del estándar incorporada en el ordenamiento colombiano. Prueba de que el control efectivo no se limita a la conducta ilícita, es que existe una obligación del superior de actuar más allá de ella, concretamente, a

la luz del deber que tiene de promover las investigaciones procedentes una vez la conducta ya ha sido cometida.

Así mismo, se propone valorar los hechos en la responsabilidad por línea de mando desde el vínculo de causalidad entre la omisión de los superiores y los crímenes de los subordinados como un “incremento del riesgo”, resultado del incumplimiento de las obligaciones jurídicas del superior, aunque sin tornar indispensable que la omisión jurídicamente reprochable no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado punible.

Finalmente, se propone abordar esta responsabilidad como concurrente con otros títulos de imputación para el juzgamiento por línea de mando, de los superiores, acudiendo a las figuras de autoría mediata y por tanto al dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder; y de coautoría del sujeto de atrás, quien no ha actuado de propia mano, pero ha preformado el modo de ejecución y los ejecutores emplean ese modelo y por ende, los delitos iniciados o tolerados en su condición y status le son imputables por las “lesiones al deber funcional.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES

Como se desprende de lo señalado a lo largo del texto, la responsabilidad por línea del mando se contempló como una medida satisfactoria del derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Éste se entiende como “el derecho a que no haya impunidad”¹⁸³ y por tanto a que se investigue, juzgue y castigue a los autores de los delitos cometidos en su contra. Implica para las autoridades correlativos deberes tales como “(i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”¹⁸⁴, para con ello restablecer sus derechos lesionados y reparar el daño producido.

Así mismo esta figura se consagró con la finalidad de ofrecer seguridad jurídica a los actores del conflicto armado respecto del procesamiento de sus crímenes en la Jurisdicción Especial bajo parámetros respetuosos con sus derechos y correspondientes al modelo transicional y su contribución a la verdad y la reparación de las víctimas.

No obstante, ello, la formula consignada en el artículo transitorio 24 del acto legislativo 01 de 2017 de la responsabilidad por línea de mando, constituye un riesgo para el derecho a la justicia de las víctimas y la seguridad jurídica de los miembros de la fuerza pública que se someten a la JEP si se tiene en cuenta que:

¹⁸³ Sentencia C-228 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁸⁴ Sentencia C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

Si bien la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017 declaró la exequibilidad de este artículo y desató los cuestionamientos aquí formulados, su argumentación no es acertada y por el contrario debió ‘corregir’ el articulado por cuanto son los criterios no estructurales del Estatuto de Roma en su artículo 28 no contemplados en el artículo 24 del AL 01/2017 los que obstaculizan el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, máximos responsables de crímenes, al exigir el control efectivo del superior sobre la específica conducta punible del subordinado, pues son elementos propios de ciertas formas de autoría, que requerirían en todo caso la existencia de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes de los subordinados, que no siempre se presenta y que es difícil de probar por el contexto del conflicto armado. También la sustantividad dada a los criterios de configuración de la responsabilidad contemplados en el artículo 24 que si bien son coincidentes como afirma la Corte con el Estatuto de Roma, allí son solo tenidos en cuenta como evidencia o indicios, pues forzar al operador judicial a encontrar en cada caso todos y cada uno de estos criterios, es descartar un buen número de investigaciones.

La ausencia de mención alguna a superiores civiles, parte de la estructura estatal en la fórmula de responsabilidad por línea de mando contemplada en el artículo 24 plurimencionado excluye de juzgamiento a dichos actores del conflicto, quienes suelen ser “los que están detrás” del aparato militar, por ejemplo: ministros de gobierno u otros civiles; lo que podría favorecer que hechos que le sean atribuidos queden en impunidad.

Lo anotado toma relevancia si se tiene en cuenta la reciente decisión de la Corte de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba-Gombo que revocó la condena impuesta en primera instancia que lo halló responsable por línea de mando por considerar aspectos como los enunciados, particularmente el control efectivo sobre la conducta ilícita, afectando a las víctimas, pero también al ‘victimario’ en cuanto a la seguridad jurídica.

Así las cosas, será tarea de los jueces de la JEP dar una correcta interpretación a la responsabilidad por línea de mando para condenar a máximos responsables y contribuir con el derecho a la justicia de las víctimas, la seguridad jurídica de los responsables y la reconciliación de la sociedad colombiana, superando las secuelas del conflicto armado. Adicionalmente, deberán tener en cuenta, como aquí se propone, valorar los hechos en la responsabilidad por línea de mando desde el vínculo de causalidad entre la omisión de los superiores y los crímenes de los subordinados como un “incremento del riesgo”, resultado del incumplimiento de las obligaciones jurídicas del superior, aunque sin tornar indispensable que la omisión jurídicamente reprochable no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado punible; y abordar esta responsabilidad como concurrente con otros títulos de imputación para el juzgamiento por línea de mando, de los superiores.

BIBLIOGRAFIA

ABOGADOS SIN FRONTERAS CANADÁ (ASFC). Control constitucional Acto Legislativo 01 de 2017. Presentación de escrito amicus curiae. Bogotá; Colombia. P.22 [Online] Citado el 25 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.asfcanada.ca/documents/file/amicus-jep-final.pdf>

ACTO LEGISLATIVO NO. 01. DE 2017

AMBOS, Kai. et al. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.

AMBOS, Kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional (Vol. LII). (Ó. Guerrero, & M. Karayán, Trads.) Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1999, p. 579

AMBOS, kai. La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. ADPCP, VOL. LII, 1999

AMBOS, KAI. The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary, Vol. 3, 2002, p. 838. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1972189>

ANDREU-GUZMÁN, Federico. Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. Comisión Colombiana de Juristas, 2012, Bogotá D.C. [En línea] disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

ANDREU-GUZMÁN, Federico. Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada. Comisión Colombiana de Juristas, 2012. Recuperado de:

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

BANTEKAS, I. The Contemporary Law of Superior Responsibility. *The American Journal of International Law*, 1999, 93(3).

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337

BORELLI, Silvia, “The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict” en PINESCHI, Laura (Ed.), *General Principles of Law - The Role of the Judiciary*. Heidelberg: Springer, 2015, pp. 265, citado en Olásolo, op. cit. p. 450.

CARDONA RENTERÍA, Yira. *Responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública a partir del control efectivo en Colombia*. Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Público Militar, Bogotá, 2016. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17233/CardonaRenteriaYiraWendy2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CASO DE LA “PANEL BLANCA” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 01 (04, abril, 2017). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá. D.C. 2017. N°. 50196. Artículo. 1.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? Documento de opinión, marzo de 2008 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. ¿Qué es el derecho internacional humanitario? Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, 2004. [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA-CICR-. ¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de Un proceso de paz? [Online] recuperado el 21 de Marzo de 2018 de: <https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>

CONVENIOS DE GINEBRA, Artículo 3 1949-conflictos no internacionales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1184 de 2001. trece (13) de noviembre de dos mil uno (2001). Expediente: T-282730. M.P: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1184-01, 13 de noviembre de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre-Lynett, apartado I. 1

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto C- 578 de 2002

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-674 de 2011. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. RPZ-003 secc.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, El Procurador c.Jean Pierre Bemba Gombo, Caso No. ICC-01/05-01/08

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Escrito de Amicus Curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Office of the Prosecutor, 2017, RPZ-0000001 y RPZ-003. [Online] recuperado el 21 de marzo de 2018 de: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Radicación 35113, sentencia de casación, 5 de junio de 2014, magistrado ponente Eugenio Fernández-Carlier

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Rad. 35113, decisión de 5 de junio de 2014.

COTE-BARCO, G. Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional? *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (28), 2016, 49-112.

CUBEIRO, Enrique. Los sistemas de mando y control: una visión histórico-prospectiva. Universidad de La Rioja, España, 2015 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4602258.pdf>

D. Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and protocols*, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 147

DÍAZ, J. La responsabilidad de mando aplicada al modelo de justicia transicional del acuerdo final para la terminación del conflicto. *Univ. Estud. Bogotá (Colombia)* N° 17. Recuperado de: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/2-31-48.pdf/367872e7-4aa8-4fb3-90ee-68a11e859d1d>

DURAN, F. Responsabilidad por mando y control efectivo en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). [Tesis de maestría]. Universidad Militar Nueva Granada, 2017. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17175/DuranRamirezFlavioBernardo2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

EQUIPO NIZKOR. Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de derecho internacional y de derecho

internacional de derechos humanos, de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. Informe, 2007. Disponible en: www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol/html

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (Estatuto de Roma) art. 28.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. art. 28. Art. 7. En: Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal. Auto del 13 de mayo del 2010 número 33118 y Sentencia de 22 de septiembre del 2009 No 30380. M.P. María del Rosario González.

ESTATUTO DEL (TPIY) art. 7 (3),

ESTATUTO DEL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA (Estatuto del TESL), art. 6 (3);

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR A PRESUNTOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (Estatuto del TPIR), art. 6 (3);

FARALDO CABANA, Patricia. La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español, p.72. En: ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2012, págs. 67-94. ISBN 978-987-1769-13-1.

FARALDO, Patricia. La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal Español. ANITUA, G. I., y otros (Coords.), Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro, Fabián J.

Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2012. [En línea] recuperado del 1 de septiembre de 2017 de: <http://ecrim.es/publications/2012/ResponsabilidadMandoRoma.pdf>

FISAS, 2010, Introducción a los procesos de paz, En Quaderns de construcció de pau, N° 12. 2010. p. 5

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos, El delito de omisión en el nuevo Código Penal, 97-143 (Legis, Bogotá, 2002).

GOBIERNO DE COLOMBIA Y FARC-EP, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto de una Paz Estable y Duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, p. 152. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/acuerdo-final-1473286288.pdf>

H. P. GASSER, International Humanitarian Law: an Introduction, in: Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement, H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berna, 1993, p. 555

HRW. Human Rights Watch. El rol de los altos mandos en falsos positivos. Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles. Colombia. P. 5. [Online] 2015. Citado el 27 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de#page>

JAKOBS Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 177-183 y 657 ss. (Walter de Gruyter, Berlin, 1983).

KISS, A. La responsabilidad penal del superior ante la corte penal internacional. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2016. Disponible en: www.zisonline.com

KISS, Alejandro. La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. Rev. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik-ZIS-. Vol 1,

2016. [En línea] recuperado el 7 de septiembre de: http://zis-online.com/dat/artikel/2016_1_978.pdf

MATEUS-RUGELES, ANDREA. La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma y en Colombia. *Revista Estudios en Seguridad y Defensa* 5(9): 41-48, 2010. Disponible en: <https://www.esdeguerevistacientifica.edu.co/index.php/estudios/article/view/101/19>

1

MILANOVIC, Marko, “The lost origins of *lex specialis*: rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law” en OHLIN. Jens, *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 78, citado en Olásolo, op. cit. p, 450.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. P&R: jurisdicción especial para la paz. 2015 [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Audios/PREGUNTASYRESPUESTAS.pdf>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. ¿Qué son los derechos humanos? [En línea] recuperado el 1 de septiembre de 2017 de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

OLASOLO, Héctor y CANTOR, Jannluck Canosa. La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Polít. crim.* [online]. 2018, vol.13, n.25. pp.444-500

OLÁSULO, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional*. Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

OSPINA, María Camila y Canosa, Jannluck. Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016.

PACHON, MÓNICA. Colombia 2008: éxitos, peligros y desaciertos de la política de seguridad democrática de la administración Uribe. Rev. cienc. polít. 2009, vol.29, n.2 [online] citado el 21 de marzo de 2018. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2009000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-090X. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000200005>

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA, 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), artículos 86 y 87

QUEVEDO HERNÁNDEZ, N. El dossier de las últimas violaciones a los derechos humanos. Artículo de investigación judicial. El Espectador. Bogotá. Colombia. 2015. [Online] Citado el 2 de sep. de 2017. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/el-dossier-de-ultimas-violaciones-los-derechos-humanos-articulo-546757>

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio. La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional. Rev. Huellas No. 72, Julio 2011, p. 120

SECRETARIO GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2004/616. [Online] recuperado el 21 de marzo de 2018 de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

SEMANA.COM. Así saldarían las cuentas pendientes con la justicia transicional los militares y policías. Artículo de prensa / Judicial. Bogotá. Colombia. 2017 A. [Online] Citado el 3 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/justicia-transicional-para-militares-ministro-de-defensa-anuncio-proyecto-de-ley/489503>

SEMANA.COM. El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad. Artículo de prensa / Judicial. Bogotá. Colombia. 2017. [Online]

citado el 21 de marzo de 2018 de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>

SUBGERENCIA CULTURAL DEL BANCO DE LA REPÚBLICA. (2015). Fuerza pública. Recuperado de: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/fuerza_publica

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EL EX-YUGOSLAVIA (TPIY), caso N° IT – 96-21 T, sentencia (sala primera instancia) 16 de noviembre de 1998, par., 346. Citado por: HRW. Human Rights Watch. El rol de los altos mandos en falsos positivos. Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles. Colombia. P. 6.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Causa IT-96-21, Sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Delalić) y 9 de octubre de 2001 y Sentencia de Apelaciones de 20 de febrero de 2001 y 8 de abril de 2003 (Delalić)

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Penal, sentencia del 30 de enero de 2012, apartado 7.3.10.4

VARGAS, José. Aproximaciones al Delito de Omisión en las Fuerzas Militares. 2014, Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda Edición. Bogotá.

VIVANCO, José Miguel. Carta sobre "responsabilidad de mando" en la legislación de implementación del acuerdo de paz. 2017. [En línea], disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del-acuerdo>

WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2005, Traducción de DÍAZ PITA, María del Mar (coordinadora).

WINTER, Jaime. La responsabilidad por el mando en el derecho penal internacional. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal,

Santiago, Chile, 2009. [En línea] recuperado el 7 de septiembre de 2017 de:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-winter_j/pdfAmont/de-winter_j.pdf