

**ADOPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO: tensiones entre el derecho internacional y nacional en
justicia transicional**

Por: Laura Lozano Medina

Dirigió: Gustavo Emilio Cote-Barco

Universidad de los Andes

Mayo 22 de 2019

Resumen Bibliográfico:

Laura Lozano Medina, abogada y candidata a grado de las Maestrías en Derecho Internacional y Construcción de Paz en la Universidad de los Andes. Auxiliar Judicial de la Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo: lauralozanom92@gmail.com

Síntesis del Escrito:

Incorporar el derecho internacional en la legislación nacional es una tarea compleja. En este trabajo se analiza el proceso de adopción en el ordenamiento jurídico colombiano de la responsabilidad de mando, como forma de responsabilidad penal individual desarrollada por el Derecho Penal Internacional. Esto, a propósito de la forma como se ha acogido en contextos de justicia transicional, concretamente, Justicia y Paz y el Acuerdo Final con las FARC-EP. El objetivo es identificar los problemas normativos que se generan a partir del proceso de adopción de esta figura. Al respecto se sostiene que existen dos tipos de problemas: por un lado, uno que impacta directamente al Código Penal Colombiano frente al ámbito de aplicación; y, por otro lado, uno que impacta las normas que desarrollaron el Acuerdo Final, puesto que existen incompatibilidades entre la normativa de la JEP y las obligaciones internacionales del Estatuto de Roma.

Incorporating international law in national law is a complex task. The following master's thesis analyzes the adoption process of command responsibility, an international criminal figure, into the Colombian law system regarding two recent transitional justice process: Justice and Peace and the Final Peace Agreement with FARC-EP. In this sense, this paper seeks to identify the normative problems that originate from the adoption process in the national legal system. In doing so, it claims that there are two types of problems: one that affects the national criminal law code and the other which impacts the Special Jurisdiction for Peace norms since there are incompatibilities among the national norms and the obligations set on the Rome Statute.

Palabras clave: *responsabilidad de mando, omisión, Estatuto de Roma, Código Penal colombiano, Jurisdicción Especial para la Paz.*

Keywords: *command responsibility, omission, Rome Statute, Colombian Criminal Code, Special Jurisdiction for Peace.*

Tabla de Contenido

I. INTRODUCCIÓN

II. RESPONSABILIDAD DE MANDO Y RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN: INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

A. Desarrollo normativo de la figura de Responsabilidad de Mando en el DPI

- 1. Primeros desarrollos en el DPI*
- 2. Tribunal Militar del Lejano Oriente, Caso Yamashita y Protocolo Adicional I*
- 3. Propuestas de la Comisión de Derecho Internacional*
- 4. Desarrollo en los tribunales Ad hoc;*
- 5. Trabajos preparatorios del Estatuto de Roma y surgimiento de la Corte Penal Internacional.*
- 6. Elementos de la Responsabilidad de Mando: Artículo 28 del ER*

B. Responsabilidad penal por omisión de los superiores jerárquicos en el ordenamiento jurídico colombiano

- 1. Sobre el artículo 25 del Código Penal Colombiano y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.*
- 2. Intersección entre el artículo 25 del CPC y el artículo 28 del ER*
- 3. Comparación entre el artículo 25 del CPC y el artículo 28 del ER*

III. ADOPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

A. Adopción de la Responsabilidad de Mando por parte de la Corte Suprema de Justicia en el Caso Bloque Héroes del Chocó (Zapata Sierra)

- 1. Recuento de los hechos y consideraciones de la sentencia objeto de estudio*
- 2. Consideraciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*
- 3. Análisis y comentarios sobre la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma*

B. Adopción de la Responsabilidad de Mando en el marco del Acuerdo de Paz y las normas que lo desarrollan

- 1. Responsabilidad de Mando en las normas que desarrollan el Acuerdo de Paz*

2. *Doble estándar de Responsabilidad de Mando en las normas de la JEP*
3. *Análisis de las consideraciones de la Corte Constitucional en las sentencias C-647 de 2017 y C-080 de 2018.*
4. *Preocupaciones frente a las consideraciones de la Corte Constitucional*

IV. REFLEXIÓN FINAL

Abreviaciones

Acuerdo Final	Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera
AL	Acto Legislativo 01 de 2017
AOP	Aparatos Organizados de Poder
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
UNTAET	Administración Transicional de Naciones Unidas para Timor del Este
DDHH	Derechos Humanos
DIP	Derecho Internacional Público
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CPC	Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)
CPM	Código Penal Militar
CG	Convenios de Ginebra 1949
CESL	Corte Especial de Sierra Leona
CPI	Corte Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
FGN	Fiscalía General de la Nación
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo
FFMM	Fuerzas Militares
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
ONU	Organización de Naciones Unidas
PETE	Paneles Especiales de Timor del Este
PA I	Protocolo Adicional I
PLE	Proyecto de Ley Estatutaria sobre la administración de justicia de la JEP
RdM	Responsabilidad de mando (en inglés <i>command responsibility</i>)

CSJ	Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia
TIPY	Tribunal Internacional Penal de la Antigua Yugoslavia
TIPR	Tribunal Internacional Penal de Ruanda
TPMLO	Tribunal Penal Militar del Lejano Oriente

I. INTRODUCCIÓN

Luego de un conflicto armado de más de cincuenta años, el 24 de noviembre de 2016 se firmó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante Acuerdo Final o Acuerdo de Paz) entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (en adelante FARC-EP)¹. La firma de este acuerdo conllevó a un escenario de justicia transicional² en donde el Estado colombiano apostó por dejar un periodo de conflicto atrás, para juzgar graves violaciones de derechos humanos (en adelante DDHH), con el objetivo de posibilitar el acceso a la justicia, respetar el Estado de Derecho, promover la construcción de paz y fomentar la reconciliación. Bajo esta lógica y, entendiendo que el Estado se enfrenta a violaciones masivas, complejas y con multiplicidad de víctimas, se debe reconocer que la judicialización de estos crímenes desborda los límites de la justicia ordinaria colombiana³. Por consiguiente, el punto 5 (Víctimas) del Acuerdo Final, se apoya en disposiciones de derecho internacional y en él se construye un sistema de juzgamiento, entre otros, a partir de la lógica de priorización y selección de casos. Lo anterior, especialmente para juzgar los casos más representativos y a los máximos responsables, siendo conscientes de que es imposible juzgar todos y cada uno de los crímenes cometidos durante el conflicto⁴.

Así, bajo este sistema de justicia transicional, por un lado, adquieren relevancia las normas sobre formas de responsabilidad penal individual desarrolladas por el Derecho Penal Internacional (en adelante DPI), como la responsabilidad por el mando (en inglés *command responsibility* y en adelante RdM), la cual se ha empezado a adoptar,

¹ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Firmado el 26 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón, Bogotá, Colombia.

² En la doctrina este concepto no tiene una definición unánime. Por lo cual ver: Ver: Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2018). Justicia Transicional. Obtenido de [https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional?qclid=CjwKEAjwgdSBRDA7fT68f6s8zMSJADZwHmvZEiDswAb99wz3dG67FTzEmGxgcyzQhp0eB5pGU DpzRoCVITw_wcB](https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional?qclid=CjwKEAjwgdSBRDA7fT68f6s8zMSJADZwHmvZEiDswAb99wz3dG67FTzEmGxgcyzQhp0eB5pGU DpzRoCVITw_wcB;); y ONU. Consejo de Seguridad. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. S/2004/616. 3 de agosto de 2004

³ ROJAS ANDRADE, Gabriel y MEHTA, Anjalía. Towards Procedural Restorative Justice in Transitional Contexts: The case of the Special Jurisdiction for Peace in Colombia. 2018. Bogotá: Centro Internacional de Justicia Transicional.

⁴ RIVERA, Henry, CORREA, Cristian y MARTINEZ, Juan Manuel. La Reorientación del Proceso de Justicia y Paz: Lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz. 2018. Nueva York: Centro Internacional de Justicia Transicional. Además ver: JEP. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. 2018 y artículo 19 del PLE.

por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano, en particular por medio de la sentencia de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) en el caso Bloque Héroes del Choco (Caso Zapata Sierra)⁵ y a través de las normas de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP), a saber: el Acto Legislativo 01 de 2017 (en adelante AL) y el Proyecto de Ley Estatutaria sobre la administración de justicia de la JEP (en adelante PLE)⁶. En este contexto, también adquieren relevancia las disposiciones del derecho y costumbre internacional, puesto que las obligaciones consagradas en este ordenamiento condicionan el funcionamiento de la justicia en el Estado colombiano. Esto puede generar problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica, entendida como una garantía de certeza. Aún más, en el contexto de justicia transicional actual, donde es fundamental saber las formas por las cuales, los actores que participaron en el conflicto serán responsabilizados⁷. Esto se puede evidenciar, precisamente, por medio de la RdM, concepto que fue arduamente debatido y cuestionado durante las negociaciones del Acuerdo Final, al originar preguntas sobre el alcance que tendría la responsabilidad penal individual de los jefes o mandos militares al adoptarse dicha figura⁸.

En este sentido, el presente trabajo tiene como objetivo ilustrar y analizar el proceso de adopción de dicha figura entendida como una forma de responsabilidad penal individual desarrollada por el DPI. La pregunta de investigación es entonces la siguiente: ¿cuáles son los problemas normativos que se generan a partir de la forma como se ha adoptado la RdM en el ordenamiento jurídico interno? Como hipótesis inicial se sostiene que la adopción de esta figura genera problemas en dos ámbitos distintos. Por un lado, la adopción de la RdM impacta directamente al Código Penal Colombiano (en adelante

⁵ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236.

⁶ Se resalta que el análisis también se realizará frente a las sentencias C-647 de 2017 y C-080 de 2018 de la Corte Constitucional que realizaron control automático de constitucionalidad a estas normativas.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502. 27 de junio de 2002. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

Y Sentencia SU-078. 5 de julio de 2018. M.P: José Fernando Reyes Cuartas

⁸ Ver: SEMANA. ¿Qué ajustar a los Acuerdos de Paz? La responsabilidad de mando. Octubre 14, 2016. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/ajustes-a-los-acuerdos-de-paz-responsabilidad-de-mando/499084>; SEMANA. Procesos de Paz: 21 puntos para ponerse “de acuerdo”. Noviembre 7, 2017. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-21-puntos-para-ponerse-de-acuerdo/504641>

CPC) y parece desbordar sus límites, debido a que la responsabilidad penal por omisión no coincide completamente con la RdM según el artículo 28 del Estatuto de Roma (en adelante ER). Por otro lado, las normas que desarrollaron el Acuerdo Final restringen el ámbito de aplicación de la RdM, puesto que existen incompatibilidades entre la normativa de la JEP y las exigencias y obligaciones internacionales del ER. Lo anterior afecta directamente la seguridad jurídica, aún más, en los escenarios transicionales de Justicia y Paz y del Acuerdo Final, donde se necesita un mínimo de certeza en el contenido del derecho vigente y sobre todo de las condiciones que dan lugar a la responsabilidad penal⁹.

Para explicar lo anterior, el presente trabajo se divide en dos grandes partes. En la primera, se pretende establecer las bases teóricas mediante una reseña del desarrollo normativo de la RdM en el DPI y una breve explicación de la responsabilidad penal por omisión aplicable a superiores jerárquicos en el CPC. Sobre esta base, la segunda parte analiza, por un lado, la sentencia de la CSJ (Caso Zapata Sierra), en la que se aplica la RdM, con base en el art. 28 ER, como forma de imputación de responsabilidad penal individual en el contexto de Justicia y Paz; y, por otro lado, las normas de la JEP relevantes para este tema y sus respectivas sentencias de constitucionalidad. Por último, se realizan unas reflexiones finales relacionadas con los problemas de adopción de la RdM en el derecho interno. Adicionalmente, es importante precisar que el trabajo se desarrolla en un plano dogmático normativo, por medio de un análisis inductivo¹⁰, en el que se estudia la regulación de la RdM, realizada a través de distintas fuentes formales de derecho, para identificar contradicciones y vacíos normativos¹¹.

⁹ Uno de los objetivos del Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y Garantías de No repetición es “la seguridad jurídica de quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno”. Ver; Acuerdo Final, p. 128, 147 y 147. Además, ver sentencias de la CC sobre seguridad jurídica: T-502 de 2002 y SU-078 de 2018.

¹⁰ SCHWARZENBERGER, GEORG. The Inductive Approach to International Law. *Harvard Law Review*. Vol. 60, No. 4 (Apr., 1947), pp. 562-570.

¹¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura de Derecho. Traducción Roberto J. Vernengo. 1982. Universidad Autónoma de México., p.83

II. RESPONSABILIDAD DE MANDO Y RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN: INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Esta primera parte pretende estudiar, por un lado, el desarrollo normativo de la figura de RdM en el DPI y, por otro lado, la responsabilidad penal por omisión de los superiores jerárquicos en el ordenamiento jurídico colombiano, con base en el CPC. Lo anterior, para poder establecer los puntos en común y las diferencias entre los dos cuerpos normativos y así construir una base conceptual que permita analizar el reciente proceso de adopción de la RdM en Colombia.

El DPI se caracteriza por ser una rama autónoma del derecho internacional público (en adelante DIP)¹², creada para luchar contra la impunidad ante graves violaciones y proteger los derechos humanos (en adelante DDHH). Adicionalmente, el desarrollo del DPI se caracterizó por un buen tiempo por estar en constante creación, sin un texto normativo específico que lo sistematizara. Por lo cual, los elementos de los crímenes internacionales, así como las distintas formas de responsabilidad penal individual, como la RdM, se han construido, en buena parte, por medio de la costumbre internacional y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales¹³. A continuación, en el presente acápite se ilustrarán algunos hitos del desarrollo normativo del DPI, relevantes para el objetivo de este trabajo y concretamente relacionados con la RdM. Así, la exposición en este sentido es formal y pretende explicar, en últimas, la regulación acogida en el artículo 28 del ER.

A. Desarrollo normativo de la figura de Responsabilidad de Mando en el DPI

El desarrollo del DPI tiene un amplio recorrido en la historia, el cual se puede observar, al menos, desde el año 1919 hasta llegar a la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) y demás desarrollos recientes, como los tribunales mixtos. Así, para ilustrar este recorrido histórico con relación a la RdM, se distinguen

¹² CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Ed: 2ª. Oxford University Press. 2008. p.4.

¹³ TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Ed: 3ª. C.H. Beck-Hart-Nomos. 2016. P.1196. Concretamente, los autores determinan que “el artículo 28 del Estatuto de Roma es basado en normas consuetudinarias debido a que se desarrolla y relaciona con normas aplicables desde 1990”.

cinco etapas¹⁴ relevantes: (1) primeros desarrollos en el DPI; (2) el Tribunal del Lejano Oriente, Caso Yamashita y Protocolo Adicional I; (3) propuestas de la Comisión de Derecho Internacional; (4) el desarrollo de los tribunales *Ad hoc*; y (5) los trabajos preparatorios del ER y el surgimiento de la CPI. Posteriormente, se finaliza el capítulo con la explicación de la figura de RdM según el artículo 28 del ER.

1. Primeros desarrollos en el DPI

Luego de la primera guerra mundial se generó la conciencia y convicción colectiva de que los hechos ocurridos durante la guerra eran crímenes que debían ser prevenidos y castigados¹⁵. Así, el primer desarrollo se remonta a la creación de una comisión investigadora internacional, por parte de los países aliados, durante la Conferencia de Paz preliminar en París de 1919, con el objetivo de juzgar al Káiser Guillermo II y otros oficiales alemanes por los crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra¹⁶. Concretamente, se le encargó indagar sobre la responsabilidad de los autores de la guerra. Al respecto, la Comisión concluyó lo siguiente: por un lado, determinó que pueden ser responsables las autoridades civiles o militares independientemente de su cargo o posición por haber ordenado *o haber omitido prevenir o reprimir* actos contrarios a la leyes y costumbres de la guerra¹⁷; y, por otro lado, recomendó la creación de un alto tribunal, por medio de un tratado de paz, que juzgara las violaciones mencionadas¹⁸. En este sentido, el Tratado de Paz de Versalles estableció la creación de un tribunal constituido por jueces de las cinco naciones vencedoras¹⁹ y, consagró el reconocimiento por parte del Gobierno Alemán del derecho de los aliados a juzgar personas por haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra²⁰.

¹⁴ CASSESE, Antonio. From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court. En: The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volumen 1A. Oxford University Press. Edición: Antonio Cassese, Paola Caeta, John R. W. D. Jones, 2009. p. 4.

¹⁵ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Reporte sobre la Cuestión de una Corte Penal Internacional por el relator especial Ricardo J. Alfaro. Documento A/CN.4/15 y Corn. I. 1950, volumen II. Encontrado en: <http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

¹⁶ VAHAKN., N. Dadrian. Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications. 14^o Yale Journal of International Law 221, 1989.

¹⁷ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties, marzo 29, 1919. Report Presented to the Preliminary Peace Conference. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/63159c/pdf/>

¹⁸ *Ibid.*, p. 123-124

¹⁹ Tratado de Paz entre los Aliados, los poderes asociados y Alemania, junio 28, 1919, art. 227.

²⁰ *Ibid.*, Art. 228

Más adelante, en 1945, se realizó la Conferencia Internacional de Londres en donde las cuatro naciones vencedoras de la Segunda Guerra Mundial se reunieron para establecer los crímenes por los cuales se iba a responsabilizar a los altos mandos del Estado Nacionalsocialista. El resultado de esta reunión fue la Carta de Londres, en la que se acordó que los individuos serían juzgados por cometer crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²¹. Asimismo, se acordaron los poderes del tribunal penal internacional²² y la responsabilidad penal²³ con respecto a las atrocidades cometidas por los altos rangos y sus subordinados²⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, los americanos determinaron que los máximos responsables de los crímenes de guerra del eje europeo deberían ser juzgados con un debido proceso y sin violaciones a sus derechos²⁵. Por lo cual, se constituyó el Tribunal Penal Internacional de Núremberg contra los principales criminales de la guerra. Este, tenía tres objetivos: primero, honrar los postulados de la justicia, es decir, quien comete un crimen, se juzga y paga una pena; segundo, dejar un registro de los hechos para la creación de memoria histórica, para el conocimiento de las futuras generaciones; y, tercero, exponer dichos crímenes como atrocidades universales por medio de la representación de los hechos en los juicios²⁶. Así, a pesar de que se discutió la relación entre superior-subordinado en el marco de los argumentos de la defensa²⁷, respecto a la

²¹CASSESE, *From Nuremberg to Rome...* Op.cit., p.7, ver también: Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals on the European Axis. Firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, p. 288

²² Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals on the European Axis. Firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, art. 17, p. 295. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf

²³ Ibid., art. 7 y 8, p. 289. Concretamente, el artículo 8 desarrolla que la defensa del acusado no se puede fundamentar en el seguimiento a órdenes impartidas por el superior.

²⁴ En este punto, merece resaltar que algunos países, como Francia, intentaron configurar la RdM por medio de la complicidad. En efecto, la Ley sobre crímenes de guerra del 28 de agosto de 1994 determina que: “cuando un subordinado es juzgado como el autor principal del crimen, aunque sus superiores no sean investigados como coautores, deben ser juzgados como cómplices de sus subordinados debido a que toleraron las ofensas criminales de los mismos De igual manera, se configura la responsabilidad de mando en la ley China del 24 de octubre de 1946 con respecto a los crímenes de guerra. En CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Ed: 2ª. Oxford University Press. 2008., p. 236-237.

²⁵ Ver TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Ed: 3ª. C.H.Beck-Hart-Nomos. 2016. P.1063: “In addition, the (new) German government finally convinced the Allied not to prosecute about 800 Germans suspects, which Germany was obliged to extradite, but to accept for all these cases the competence of Reichsgericht in Leipzig”.

²⁶ CASSESE, *From Nuremberg to Rome...* Op. cit., pp. 6-7

²⁷ Estados Unidos v. Karl Brandt et al., Sentencia, agosto 1947, p. 174. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c18557/pdf/>

obediencia debida de las órdenes del superior, no se trató específicamente la RdM pero sí fue claro en establecer la responsabilidad penal individual por violaciones al derecho internacional.

Posteriormente, por medio de la Ley No. 10 del Consejo de Control que se instauró en Alemania al finalizar la guerra, se autorizó a las potencias ocupantes el juzgamiento de los criminales de guerra con un sistema legal propio independiente al Tribunal Penal Militar de Núremberg²⁸. Bajo este escenario, se resalta el caso de los médicos (Caso de Karl Brandt et al) que fueron condenados por realizar experimentos a los prisioneros de guerra y civiles en condición de discapacidad. Lo cual, se consideró como un crimen de guerra y en contra de la humanidad²⁹, al ser estos procedimientos producto de una política del Gobierno Nacional socialista³⁰. Este precedente es relevante para la figura RdM, dado que aquí se enfatizó en la necesidad del conocimiento del superior sobre los crímenes ejecutados por sus subordinados³¹. En efecto, estas conductas fueron ordenadas, aprobadas y permitidas por personas con autoridad que tenían el deber de conocer lo que estaba ocurriendo y tomar las medidas necesarias para prevenirlo o acabarlo³².

2. Tribunal Militar del Lejano Oriente, Caso Yamashita y Protocolo I Adicional

La posguerra se caracterizó por el interés colectivo de la comunidad internacional de juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH y al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), precisamente para evitar la impunidad de estos crímenes, como forma de prevención³³. Para ello, en este apartado se resaltan los objetivos y fundamentos del Tribunal Penal Militar del Lejano Oriente (en adelante TPMLO), algunas consideraciones del Caso Yamashita, y las normas sobre RdM del Protocolo Adicional I (en adelante PA I) a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante CG).

²⁸ CONSEJO DE CONTROL ALEMÁN. Ley No. 10 "Punishments of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity", 20 de diciembre de 1945. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>

²⁹ Estados Unidos v. Karl Brandt et al., Op., Cit., p. 174

³⁰ Ibid., p. 181.

³¹ CASSESE, *International Criminal law...* Op. cit., p.239

³² Estados Unidos v. Karl Brandt et al... Op. Cit, p. 183.

³³ CASSESE, *From Nuremberg to Rome...* Op.cit., p. 9

Por un lado, frente al TPMLO, el 26 de julio de 1945, antes de que se terminara la Conferencia de Londres, los cuatro vencedores decidieron suscribir la Declaración de Potsdam, anunciando su intención de juzgar a los oficiales japoneses. Posteriormente, el 19 de enero de 1946, el General Douglas MacArthur, Comandante Supremo de los Aliados en Japón, aprobó la Carta de Tokio, donde se determinó la constitución, jurisdicción y funciones del TPMLO. Los juicios de este tribunal comenzaron el 3 de mayo de 1946, duraron aproximadamente dos años y medio y generaron más de 45,000 páginas de transcripciones³⁴. Adicionalmente, en cuanto a la RdM, se observa en el artículo 6 del Estatuto el concepto de la responsabilidad penal individual independientemente de si el acusado realizó los crímenes en virtud de una orden del superior o del gobierno³⁵.

La primera vez que se puede ver con más detalle y aplicada de manera más estructurada la RdM, es en el caso en contra del General japonés Tomoyuki Yamashita en las Filipinas entre 1944 y 1945, por la masacre, actos de crueldad y homicidios a la población de la provincia de Batangas³⁶. La Comisión Militar de los Estados Unidos justificó la condena a muerte por no haber cumplido su deber de controlar las operaciones de los miembros a su cargo, permitiéndoles cometer atrocidades brutales contra el pueblo de los Estados Unidos, sus aliados y dependencias, particularmente en las Filipinas³⁷. Este caso es de gran importancia debido a que es la primera vez que se reconoce expresamente la RdM por crímenes internacionales cometidos por los subordinados³⁸. Adicionalmente, se empiezan a ver tendencias hacia el reconocimiento de la responsabilidad por omisión y hacia la configuración del elemento subjetivo³⁹. En

³⁴ CASSESE, *From Nuremberg to Rome...* Op.cit., p.8

³⁵ TPMLO. Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; Estatuto de fecha 19 de enero 1946.

³⁶ OLÁSULO, H. Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. Valencia. Tirant lo Blanch, 2013, p.449.

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS. Sentencia Caso Yamashita (1946) p.30. Encontrado en: <https://www.legal-tools.org/doc/c574e3/pdf/>

³⁸ GAETA, Paola y JONES, John (Eds.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 3, Oxford: Oxford University Press. 2009 pp. 823-872.

³⁹ United Nations War Crimes Commission. "Law Reports of Trials of War Criminals" Volume IV, Tomoyuki Yamashita Case. p. 12 London. 1948. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf#page=12

efecto, la Corte Suprema de Estados Unidos fundamentó su sentencia de la siguiente forma: “la esencia del cargo fue que [Yamashita] había cometido una violación a su obligación como comandante en control de las operaciones de los miembros bajo su mando por permitirles cometer las atrocidades masivas (traducción propia) ⁴⁰. Asimismo, el fiscal lo acusó por “no haber hecho el esfuerzo adecuado para descubrir qué estaba ocurriendo. Era su deber saber qué estaban haciendo las tropas bajo sus órdenes” ⁴¹. Al respecto, este caso coincide con lo establecido en el Caso de los médicos (Brandt et al.), en virtud del elemento subjetivo al exigir que los superiores conozcan las actuaciones de sus subordinados.

Posteriormente, en 1949 se suscriben los CG y sus Protocolos Adicionales que codifican las reglas sobre conducción de hostilidades y recogen la importancia del concepto de humanidad⁴². En el PA I de 1977, los artículos 86 y 87 establecen, por primera vez en un instrumento internacional, las principales características de la figura de RdM. Por un lado, el artículo 86.2 establece que no se deben eximir de responsabilidad penal o disciplinaria a los superiores que, “[...] sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción [...]”⁴³; y “[...]no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”⁴⁴. Por otro lado, el mismo instrumento en su artículo 87 recoge los deberes de los superiores con respecto a sus subordinados. Primero, resalta el deber de reprimir y denunciar a las autoridades competentes las infracciones al PA I⁴⁵; segundo, el deber de tomar las medidas necesarias para que sus subordinados tengan conocimiento de las obligaciones emanadas del presente texto⁴⁶; tercero, el deber de saber que sus

⁴⁰ Ibid., p.43

⁴¹ Ibid., p. 30 (Closing Arguments of the Prosecution)

⁴² Convenio de Ginebra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

⁴³ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio 1977, art. 86.2. Encontrado en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibid., art. 87.1.

⁴⁶ Ibid., art. 87.2

subordinados cometieron o van a cometer una infracción a los CG y al PA; y, por último, el deber de tomar medidas necesarias para impedir tales violaciones, o en su defecto, el deber remitir a las autoridades competentes⁴⁷.

En este punto se debe resaltar, que el PA I retoma los conceptos expuestos por los tribunales penales militares de Núremberg y del Lejano Oriente, sin embargo, aún no era del todo claro cómo se debían interpretar los deberes de prevenir, reprimir y remitir a las autoridades competentes⁴⁸. De otra parte, hasta el momento, no se había debatido la posibilidad de que, bajo la figura de RdM, existieran militares no-superiores.

3. Propuestas de la Comisión de Derecho Internacional

A pesar de los resultados y esfuerzos de los Tribunales Penales Militares de Núremberg y el TPMLO, la comunidad internacional sentía que debía realizar un esfuerzo por crear un corte penal internacional de carácter permanente. Para ello, se encargó a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) la “codificación” de los crímenes en contra de la paz y seguridad de la humanidad⁴⁹.

Respecto a la codificación de los crímenes mencionados, se deben observar los artículos 2º y 6º del Borrador del Código de 1996. El artículo 2º establece la responsabilidad penal individual y, por medio de sus literales, determina cuándo un individuo debía ser penalmente responsable. En relación con la RdM, se deben mencionar los comentarios a los literales (a) cuando el superior intencionalmente comete el crimen y (c) cuando el superior no previene ni reprime su comisión⁵⁰. En cuanto al literal (a), a pesar de ser un supuesto en donde la conducta es activa (*intentionally commits*), la CDI estableció que este supuesto pretendía cobijar también una conducta

⁴⁷ Ibid., art. 87.3

⁴⁸ TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International...* Op.cit. p.1067

⁴⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 174, art. 18, UN GAOR, 2da sesión, UN DOC. A/519 (1947). Adicionalmente, de forma paralela inició la elaboración del borrador de un estatuto para una corte penal internacional en 1994. Al respecto ver, CASSESE, *From Nuremberg to Rome...* Op.cit., p. 9

⁵⁰ CDI. Borrador del Código sobre los Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la humanidad. Texto adoptado por la CDI en la sesión No. 84 de 1996. art. 2.

omisiva⁵¹. Respecto al literal (c), la CDI señaló que este supuesto reafirmaba el deber del superior de prevenir y reprimir la comisión de un crimen y tenía estrecha relación con el artículo 6º que establecía la responsabilidad del superior.

Frente al artículo 6º, el Borrador del Código señaló que el superior era responsable por los actos cometidos por sus subordinados cuando sabía o tenía razones para saber, en las circunstancias de los hechos, que el subordinado iba a cometer o había cometido un crimen y no tomó las medidas necesarias en su poder para prevenirlo o reprimirlo⁵². Al respecto, cabe anotar el avance que plantean estas disposiciones frente a la RdM, debido a que aclaran y precisan varios asuntos. Primero, cambia el nombre de responsabilidad *militar* a responsabilidad del *superior*, lo cual, amplía la aplicación del artículo a autoridades civiles que tengan control sobre subordinados⁵³. Segundo, precisa que existen dos criterios para establecer la responsabilidad del superior: uno, que el superior debía saber o tenía razones para saber que el subordinado cometió o iba a cometer un crimen; y dos, que el superior no tomó las medidas necesarias para prevenir y reprimir el crimen. Adicionalmente, enfatizó que el superior debía tener capacidad legal para prevenir y reprimir y que este no podía ser responsabilizado por no tomar medidas que fueran imposibles de ejecutar⁵⁴. Por último, cabe anotar que la descripción del artículo 6 del Borrador del Código, coincide con la establecida en el PA I, pero difiere de lo establecido en el Tribunal Militar de Núremberg. No obstante, coincide con los argumentos de la Corte en el Caso Yamashita, ya que este fue condenado por no tomar las medidas necesarias para prevenir los crímenes⁵⁵.

⁵¹ CDI. Comentarios al Borrador del Código sobre los Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la humanidad. Texto adoptado por la CDI en la sesión No. 84 de 1996., p. 20. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf

⁵² CDI. Borrador del Código sobre los Crímenes... Op., cit., art. 6.

⁵³ CDI. Comentarios al Borrador del Código sobre los Crímenes... Op., cit., p. 26

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ CDI. Comentarios al Borrador del Código... Op., cit., p. 25. Concretamente, en el Caso Yamashita la Corte resalta que: "Under basic principles of command authority and responsibility, an officer who merely stands by while his subordinates execute a criminal order of his superiors which he knows is criminal, violates a moral obligation under International Law. By doing nothing he cannot wash his hands of international responsibility".

4. Desarrollo en los tribunales Ad hoc;

Aunque existía un borrador para establecer una corte penal internacional permanente, presentado por la CDI en 1994⁵⁶, aún continuaban las graves violaciones al DIH en Europa del Este, África y el Sudeste Asiático. Por lo cual, para mantener la paz y seguridad mundial, el Consejo de Seguridad de la ONU tomó la decisión de crear el Tribunal Internacional Penal de la Antigua Yugoslavia (en adelante TIPY) en 1993 y el Tribunal Internacional Penal de Ruanda (en adelante TIPR) en 1994. Posteriormente, se creó también la Corte Especial de Sierra Leona (en adelante CESL) y los Paneles Especiales de Timor del Este (PETE) en el 2000, estos dos como tribunales mixtos o híbridos.

El TIPY se estableció por medio de la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad, siguiendo las consideraciones del reporte del Secretario General⁵⁷ y la Resolución del Consejo de Seguridad 808 de 1993. Posteriormente, siguiendo el ejemplo de Yugoslavia y al ver las violaciones masivas de DDHH en Ruanda, por medio de la resolución 935 de 1994⁵⁸, el Consejo de Seguridad estableció una comisión para investigar las violaciones ocurridas durante la guerra civil de dicho país. Luego, esa comisión realizó un informe preliminar el 9 de diciembre 1994⁵⁹ y un informe final⁶⁰, en el cual se recomendaba establecer un tribunal penal para juzgar a los máximos responsables por las graves violaciones a los DDHH y al DIH. En consecuencia, el estatuto del TIPR se aprobó por medio de la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS. Borrador del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional, Sesión 46, 2 de mayo-22 de julio de 1994., UN DOC. A/49/10 -1994. Encontrado en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf&lang=EF

⁵⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 de 1993. S/25704 del 3 de mayo de 1993. Encontrada en: <http://repository.un.org/handle/11176/51122>

⁵⁸ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución del Consejo de Seguridad Número 935. Sesión 49. UN DOC S/RES/935 (1994). Encontrado en: [https://undocs.org/S/RES/935\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/935(1994))

⁵⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Reporte Preliminar de la Comisión Independiente de Expertos establecida en conjunto con el Consejo de Seguridad en su Resolución 935 de 1994. UN DOC S/1994/1125. Encontrado en: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/s_1994_1125.pdf

⁶⁰ NACIONES UNIDAS Asamblea General, Reporte Final de la Comisión Independiente de Expertos establecida en conjunto con el Consejo de Seguridad en su Resolución 935 de 1994. UN DOC S/1994/1405. Encontrado en: <http://undocs.org/S/1994/1405>

En cuanto a Timor del Este, luego de estar 24 años bajo control militar, en 1999, por medio de un referéndum, la mayoría de la población votó a favor de construir un Estado independiente⁶¹. Como consecuencia, el ejército de Indonesia –junto con otras milicias– desencadenaron un periodo de conflicto donde tuvieron lugar graves violaciones a los DDHH y al DIH. En octubre de 1999, el Consejo de Seguridad de la ONU ordenó el establecimiento de la Administración Transicional (UNTAET por sus siglas en inglés) para el mantenimiento de la paz y para administrar el territorio de Timor del Este hasta su transición como un Estado independiente. Adicionalmente y en vista de la ausencia de instituciones judiciales del nuevo Estado, por medio de Resolución número 2000/15 de la UNTAET⁶², se crean los PETE para juzgar graves crímenes cometidos durante el conflicto.

Por otro lado, luego de la fuerte guerra civil entre el Frente Unido Revolucionario, el gobierno de Sierra Leona y el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, entre 1991 y 2002, se firmó el Acuerdo de Paz de Lome⁶³. En 2002, el Gobierno de Sierra Leona hizo una petición a la ONU para la creación de un Tribunal Especial. Así, por medio de resolución del Consejo de Seguridad número 1315 del 14 de agosto de 2000 y en virtud de un acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona⁶⁴, se creó el Estatuto para la CESR⁶⁵.

Los tribunales *ad hoc* son parte fundamental del desarrollo del DPI, ya que por medio de sus estatutos y jurisprudencia contribuyeron a redefinir la doctrina de RdM por más de una década⁶⁶. En el mismo sentido, su jurisprudencia ayudó a que la RdM hiciera

⁶¹ CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ). Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental). Disponible en: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Timor-Oriental_0.pdf

⁶² NACIONES UNIDAS. United Nations Transitional Administration in East Timor. Regulation No. 2000/15. On the Establishment of the Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences. 6 de junio 2000

⁶³ CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ). Tribunal Especial para Sierra Leone. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-SierraLeona.pdf>

⁶⁴ NACIONES UNIDAS. Agreement between United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a special court for Sierra Leone. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/797850/pdf/>

⁶⁵ NACIONES UNIDAS. United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET). Regulation No. 2000/15. "On the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences". Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c082f8/pdf/>

⁶⁶ CASSESE, *International Criminal Law...* Op.cit., p. 242

parte del derecho internacional consuetudinario⁶⁷. En efecto, el TIPY en el Caso Hadžihasanović, determinó que el objetivo detrás de la RdM es promover el cumplimiento de las reglas del DIH⁶⁸. Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su Norma 153, dispone que los “los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados [...]”⁶⁹.

Ahora, con respecto a la disposición de RdM consagrada el art. 7(3) del Estatuto de TIPY, en el 6(3) del TIPR, en la sección 16 de la regulación de los PETE y en el art. 6(3) de la CESL, se observa que todos adoptaron una fórmula parecida, por lo cual, se tomará como ejemplo el Estatuto de TIPY. Así, la RdM se definió en este contexto de la siguiente forma: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof”⁷⁰.

En este sentido, se debe poner de presente que esa definición comparte varios elementos con aquella propuesta por la CDI. Concretamente, comparte el hecho de que si la acción fue cometida por un subordinado no excluye la responsabilidad del superior; enuncia de la misma forma el deber de saber o tener razones para saber; y propone también el deber de prevenir los crímenes y reprimir al autor. Sin embargo, existen dos diferencias significativas: por un lado, en cuanto al deber de saber o tener razones para saber, omite la frase “en las circunstancias del momento”, lo cual es fundamental para limitar ese criterio al caso concreto y no interpretarlo de forma abstracta. Por otro lado,

⁶⁷ OLÁSULO, *Tratado de Autoría...* Op.cit., p. 451

⁶⁸ TIPY. Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, para. 66; Halilovic Trial Judgement, para. 39; y ver también el Comentario sobre el Protocolo Adicional I, párrafo 3550.

⁶⁹ HENCKAERTS, Jean Marie. y DOSWALD-BECK, Louise. El derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen 1: Normas. Comité Internacional de la Cruz Roja. 2007. p. 632. Encontrado en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

⁷⁰ NACIONES UNIDAS. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Adoptado por resolución del Consejo de Seguridad, Resolución 827 del Sesión 3217, 25 de mayo de 1993. UN DOC S/RES/827 (1993). Encontrado en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

exige un estándar más alto en cuanto a las medidas, puesto que el superior no solo debe tomar medidas *necesarias* si no también *razonables*⁷¹.

5. Trabajos preparatorios del Estatuto de Roma y surgimiento de la Corte Penal Internacional.

En este punto se debe retomar el borrador del Estatuto para una corte penal internacional que realizó la CDI y presentó en la sesión 49 de la Asamblea General en 1994 y, la Resolución 50/46 del 11 de diciembre de 1995, que estableció el comité preparatorio para la creación de una corte penal internacional. Concretamente, este comité tenía el propósito de finalizar la redacción de un texto de aceptación general para presentarlo como proyecto en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998⁷². El proyecto final se aprobó el 3 de abril del mismo año en la sesión 60ª del Comité Preparatorio⁷³ e incluyó en su artículo 25 la responsabilidad de los jefes militares por la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. En este punto, se destaca que la redacción del artículo⁷⁴ contempla varios conceptos establecidos en los comentarios de la CDI y las disposiciones de los Tribunales *ad hoc*. Adicionalmente, plantea nuevos elementos como el *mando o autoridad* y el *control efectivo* del superior sobre los subordinados⁷⁵.

⁷¹ Al respecto ver TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai. The Rome Statute of the International... Op. Cit., p.1068 "Therefore is not surprising, that the structure of article 28 is far more complicated and interwoven than those of earlier comparable regulations like article 7 paragraph 3 ICTY Statute, drafted five years before. These different formulations demonstrate also the difficulties of the major legal systems of the world, to define superior responsibility in accordance with their usual theoretical structures for definitions of crimes and in a way satisfying the needs of the principle *nullum crimen sine lege*".

⁷² NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 51/207 Establecimiento de una corte penal internacional. UN DOC A/RES/51/207 de 16 de enero de 1997. Encontrado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/50/PDF/N9776150.pdf?OpenElement>

⁷³ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Comité Preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional. UN DOC A/CONF.183/2 de 14 de abril de 1998. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/102/26/PDF/N9810226.pdf?OpenElement>

⁷⁴ "Además de otras formas de responsabilidad por los crímenes tipificados en el presente Estatuto, el [jefe] [superior] incurrirá en responsabilidad penal. El [jefe] [superior] no quedará extenso de responsabilidad por los crímenes tipificados en el presente Estatuto que hubieren sido cometidos por [fuerzas] [subordinados] bajos su mando [o autoridad] y [control efectivo] por no haber ejercido el debido control cuando: A) Supiera o [habida cuenta de la comisión generalizadas de los crímenes] [debido a las circunstancias en ese momento] debiera haber sabido que las [fuerzas] [subordinados] estaban cometiendo esos crímenes o se proponía a cometerlos; y B) No hubiera adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión [o castigar a los autores].

⁷⁵ NACIONES UNIDAS. Asamblea General, Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Adición 1. A/CONF.183/2/Add. 1. 14 de abril de 1998. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/102/26/PDF/N9810226.pdf?OpenElement>

6. Elementos de la Responsabilidad de Mando: Artículo 28 del ER

Lo explicado anteriormente ilustra el desarrollo de las disposiciones internacionales que consagran la figura de responsabilidad de mando en el DPI. A continuación, se exponen los elementos objetivos y subjetivos que configuran la RdM según lo consagrado en el artículo 28 del ER, producto del desarrollo ya reseñado. Se hará énfasis sobre todo en el literal (a) del artículo 28, referido a superiores de carácter militar.

6.1. El acusado debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal:

Este elemento plantea dos supuestos, el primero, cuando la persona es un superior militar, por lo cual, tiene un mandato legal para llevar a cabo determinadas funciones⁷⁶, también conocido como superioridad *de iure*. Esta relación exige la existencia formal de una cadena de mando que otorgue la capacidad a los superiores de dar órdenes a sus subordinados. En el mismo sentido, Bantekas establece que la naturaleza de la superioridad *de iure* radica en la capacidad de delegación y el papel ejercido al interior de la organización⁷⁷. Adicionalmente, se debe resaltar que este elemento fue creado para limitar el ámbito de imputación de la responsabilidad de mando, debido a que un mandato legal o estructura formal facilita la identificación de las personas al mando y, por ende, sus obligaciones jurídicas con respecto a los actos de sus subordinados. Sin embargo, no toda relación entre superior y subordinado “implica que todas las personas de la cadena pueden ser igualmente responsables, sin importar las circunstancias completas y el nivel de jerarquía”⁸⁷. El segundo supuesto se extiende a las personas que actúan efectivamente como un superior, pero no poseen un reconocimiento formal o legal por parte de una entidad estatal, es decir, son superiores jerárquicos, pero *de facto*⁷⁸.

6.2. El acusado debe tener un mando o autoridad y control efectivo

⁷⁶ CPI. Jean Pierre Bemba vs. Prosecutor. Trial Chamber III Judgment, 21 marzo 2016. párr.176.

⁷⁷ BANTEKAS, I. The contemporary law of superior responsibility. 1999. En American Journal of International Law, Vol. 93, p. 573. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2555261>.

⁷⁸ PRIETO, Celebici: *Crímenes en un campo de prisión ...* Op. cit., p. 140.

Teniendo en cuenta los dos tipos de superioridad (*de iure* y *de facto*) resulta necesario analizar el artículo 28 (a) en cuanto al mando y control efectivo. Así, con respecto al control efectivo, la CPI en el Caso Bemba⁷⁹, el TIPY en el Caso Bagilishema⁸⁰ y la doctrina⁸¹, han determinado que se requiere que el comandante tenga capacidad material de prevenir y reprimir la comisión de los delitos o de remitir la situación a las autoridades competentes. En este punto, se debe resaltar la habilidad material, debido a que cualquier nivel de control menor, por ejemplo, ejercer influencia sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, no es suficiente para establecer la responsabilidad de mando⁸², por lo cual, lo que se evalúa es la capacidad material⁸³.

De otra parte, se debe resaltar que encontrar la relación entre superior-subordinado en el caso de no-militares y, por ende, el elemento de control efectivo puede ser más difícil que con los superiores militares. No obstante, el Caso Musema del TPIR, plantea un precedente interesante en donde es posible evidenciar la relación superior-subordinado y el elemento de control efectivo con la evaluación del ámbito laboral. Concretamente, el TPIR estableció que Musema tenía control legal y financiero sobre sus empleados, al punto que podía disponer de sus cargos. Por lo cual, tenía una posición donde hubiera podido ejercer medidas razonables para prevenir o reprimir los crímenes de lesa humanidad que cometieron sus empleados en el marco del trabajo en la fábrica⁸⁴.

6.3 El acusado sabía, o en razón de las circunstancias hubiere debido saber:

Este elemento hace referencia al componente subjetivo de la RdM y plantea dos situaciones: primero, el conocimiento efectivo, que corresponde al “establecimiento de

⁷⁹ CPI. Jean Pierre Bemba vs. Prosecutor. Trial Chamber III Judgment, 21 marzo 2016. párr. 183; TPIY, Prosecutor vs. Delalić et al. Appeal Judgment. 20 de febrero 2001. párr. 190-198 y 256; y TPIR, Prosecutor vs. Bagilishema Appeal Judgment. 3 de julio 2002, párr. 51.

⁸⁰ TPIR. Prosecutor vs. Bagilishema Ignace. Appeal Judgement. 3 de julio 2002. (ICTR-95-IA-A) párr. 50. Ver también: TIPY. Prosecutor vs. Čelebići Trial Chamber Judgment, párr. 370; y Delalić et al. Appeal Judgment. 20 de febrero 2001. párr. 190-198 y 256 y 266.

⁸¹ OLÁSULO, *Tratado de Autoría*...Op.cit., p. 798

⁸² CPI. Jean Pierre Bemba vs. Prosecutor. Confirmation Decision. 15 junio 2009, párr.415; y TPIY, Prosecutor vs. Delalić et al. Appeal Judgment. 20 de febrero 2001. párr. 266.

⁸³ TIPY. Prosecutor vs. *Blaskić*, Trial Chamber Judgement. 3 de marzo de 2000. párr. 300-302:

⁸⁴ TPIR. Prosecutor v. Musema. Trial Chamber Judgment (ICTR-96-13-A). 27 de enero de 2000, párr. 880.

un conocimiento cierto, real y manifiesto”⁸⁵ del superior sobre los actos cometidos o posibles indicios de la comisión por parte de sus subordinados. Segundo, el deber de conocer, que se traduce según el TIPR, como la situación en la cual el superior tiene información general que le permita tener noción de la ocurrencia de los hechos que acontecieron o van a ocurrir por parte sus subordinados⁸⁶. Según la CPI este conocimiento no se presume, por el contrario, se debe probar por medio de evidencia directa o indirecta⁸⁷. También menciona factores relevantes para probar el elemento del conocimiento como: las órdenes para cometer crímenes, el hecho de que el acusado fuera informado personalmente de que sus tropas estaban involucradas con la comisión de los delitos; el modo, tiempo y lugar de la comisión de los crímenes; la forma de comunicación, entre otros⁸⁸. Por último, la CPI considera que “[...]el conocimiento del acusado sobre la comisión de los crímenes, competencia de la CPI, necesariamente implica el conocimiento de los elementos contextuales que califican la conducta como un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad respectivamente” (traducción propia)⁸⁹.

6.4. El acusado no adoptó las medidas necesarias y razonables en su poder, para prevenir y reprimir el crimen o remitir el asunto a las autoridades competentes:

La responsabilidad de los superiores puede surgir, en términos generales, de dos situaciones diferentes: la primera, “el superior es directamente responsable por ordenar a sus subordinados a que cometan actos ilícitos”⁹⁰; la segunda, el superior es indirectamente responsable por los actos cometidos por sus subordinados, por faltar a un deber legal y cometer una omisión de prevenir o reprimir una infracción grave al DIH⁹¹.

⁸⁵ PRIETO, *Celebici: Crímenes en un campo de prisión...* Op. cit. p. 153

⁸⁶ TIPR. Prosecutor vs. Nahimana et al. Appeal Judgment (ICTR-99-52-A). 28 noviembre 2007, párr. 791; Ver también: TIPR. Prosecutor vs. Ignace Bagilishema Appeal Judgment (ICTR-95-IA-A). 3 de julio 2002, párr. 28; y TIPY. Prosecutor vs. Delalic *et al.* Appeal Judgment (IT-96-21-A). 20 de febrero 2001, párr.238.

⁸⁷CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr 191. Ver también: TIPY. Prosecutor vs. Blaskic. Trial Chamber. Marzo 3, 2000. párr 307.

⁸⁸CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr.193

⁸⁹Ibid., párr. 195. En inglés original: “knowledge on the part of the accused of the commission of crimes within the jurisdiction of the Court necessarily implies knowledge of the requisite contextual elements which qualify the conduct as a war crime or a crime against humanity, as applicable”.

⁹⁰COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (s.f) La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión, p.1. Encontrado en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-spa.pdf>.

⁹¹ Ibid., p. 1

La RdM, como forma específica de atribución de responsabilidad penal, hace referencia al segundo supuesto.

Por consiguiente, es posible determinar que “la responsabilidad del superior se construye en torno al principio de responsabilidad penal por omisión cuando existe una obligación jurídica de actuar”⁹², conforme a lo establecido en el DPI y DIH. Lo anterior, ha sido reconocido por el TIPY en el caso Hadžihasanović, et al. y Halilović al determinar que, la RdM ocurre cuando el superior es responsable por omitir una acción afirmativa exigida por el derecho internacional⁹³. Asimismo, en el caso Kordić y Cerkez, el tribunal aclara que la responsabilidad del artículo 7(3) es basada en una omisión por oposición a una conducta positiva⁹⁴. Por último, estableció que, en virtud de la autoridad y control de los comandantes sobre sus subordinados, son ellos los llamados a prevenir las violaciones⁹⁵.

En este sentido, se debe precisar que el incumplimiento de este elemento se configura debido a que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para cumplir con los deberes de *prevenir y reprimir* los crímenes de competencia del ER, o *remitir* a las autoridades competentes estas conductas para que sean investigadas, juzgadas y sancionadas⁹⁶. Puntualmente, las medidas necesarias hacen referencia a aquellas que el superior puede ejecutar en el marco de sus obligaciones mientras que sean razonables, en la medida en que se encuentren dentro de la habilidad material del superior.⁹⁷ La razonabilidad de las medidas depende de la posición de superioridad y el control efectivo sobre los subordinados. Frente al deber de prevenir, este se viola cuando no se toman las medidas necesarias para detener los crímenes cometidos o que se están

⁹² OLÁSULO, *Tratado de Autoría y Participación...* Op. cit., p. 451

⁹³ TPIY. Prosecutor vs. Sefer Halilovic. Trial Judgement. 16 de junio 2005. párr. 54

⁹⁴ TPIY. Prosecutor vs. Kordic y Cerkez, (Trial Chamber) Sentencia T-95-14/2-T, 26 febrero 2001, párr. 369

⁹⁵ TPIY. Prosecutor vs. Hadzihasanovic et al.; (Trial Chamber) Sentencia IT-01-47, 22 de abril de 2008. párr. 66.

⁹⁶ OLÁSULO, *Tratado de autoría y participación...* Op. cit., p. 803

⁹⁷ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr. 198; Ver también TIPY. Prosecutor vs. Halilović Appeal Judgment. 16 de octubre 2007, párr. 63; TIPY. Prosecutor vs. Blaškić. Appeal Judgment, 29 de julio de 2004. párr.72, 417, y 419.

cometiendo. Por lo cual, el deber surge antes⁹⁸ de la comisión del crimen e incluye los ya cometidos y los de ejecución continua⁹⁹. Por último, el deber de reprimir (disciplinariamente) la comisión de los crímenes o remitir a las autoridades competentes para su judicialización, tienen el objetivo de asegurar justicia por graves crímenes y luchar contra la impunidad, por lo cual, conllevan la obligación de castigar¹⁰⁰.

En este punto los tribunales *ad hoc* determinaron un estándar mínimo de cuáles podrían ser las medidas que puede tomar el superior para cumplir con el deber de castigar contenido en el deber de reprimir o remitir. Así, establecieron que se debería evaluar los pasos que se tomaron para asegurar una adecuada investigación que conduzca a los responsables de los crímenes¹⁰¹ y establezca los hechos; o analizar las medidas disciplinarias tomadas dentro de su habilidad material y competencia frente a los responsables¹⁰² en ese preciso momento¹⁰³. Ahora bien, en el caso en que el superior no ostente poderes disciplinarios para sancionar y no haya podido investigar ni establecer los hechos, este, debe cumplir con el deber de remitir a las autoridades competentes¹⁰⁴. Se resalta que este deber también nace cuando, a pesar las medidas tomadas, estas resultan inadecuadas¹⁰⁵. Por último, frente a este elemento, la CPI y los tribunales *ad hoc* han establecido que se debe evaluar *caso a caso*¹⁰⁶ y se debe abordar con una lógica no abstracta sino, por el contrario, *inconcreto*¹⁰⁷.

⁹⁸ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr. 202. Ver también: TIPR, Prosecutor vs. Grégoire Ndahimana, Appeal Judgment, 16 diciembre 2013, párr 79.

⁹⁹ Ibid., párr 202.

¹⁰⁰ Ibid., párr 206.

¹⁰¹ TIPY Prosecutor vs. Popović et al. Appeal Judgment, 10 de junio de 2010. párr. 1932. Ver también: TIPY, Prosecutor vs. Halilović Appeal Judgment, 16 octubre 2007, párr. 182; TIPY, Prosecutor vs. Boškoski and Tarčulovski Trial Judgment, 19 mayo de 2010, párr. 418; TIPY Prosecutor vs. Mrkšić et al. Trial Judgment, 27 septiembre 2007, párr 568; y TIPY, Prosecutor vs. Strugar Trial Judgment, 31 de junio 2005, párr. 376-378.

¹⁰² TIPY. Prosecutor vs. Kvočka et al. Trial Judgment, 2 de noviembre de 2001, para. 316.

¹⁰³ CPI. Prosecutor v. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018, párr. 138.

¹⁰⁴ TIPY, Prosecutor vs. Halilović Appeal Judgment, 16 octubre 2007, párr. 182. En el cual resalta “The military commander will normally only have the duty to initiate an investigation and to establish the facts, and, if he or she has no power to sanction, to submit the matter to the competent authorities”. Ver también; TIPY, Prosecutor vs. Blaškić Appeal Judgment, párr. 69, en donde establece que el deber de remitir a autoridades competentes se encuentra previsto en el artículo 87(1) del Protocolo Adicional 1.

¹⁰⁵ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr. 208

¹⁰⁶ Ibid., párr. 197; Ver también TIPY. Prosecutor vs. Hadžihasanović y Kubura. Appeal Judgment, 22 de abril 2008, párr. 33 y 142; y TIPY. Prosecutor vs. Blaškić Appeal Judgment, 29 de julio 2004, párr. 72 y 417.

¹⁰⁷ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018, párr. 170; CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Confirmation Decision, párr. 443; Judgment Decision, párr. 197. Ver también: TIPY. Prosecutor vs. Popović et al. Appeal Judgment. 30 enero 2015. Párr. 1932.

6.5. Los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control:

Por último, el artículo 28 del ER plantea un nexo de causalidad (causalidad invertida o cuasicausalidad)¹⁰⁸ entre la omisión del superior y los delitos cometidos por sus subordinados. Es decir, este se prueba cuando el superior no ejerce el control necesario, ni toma las medidas adecuadas para que los crímenes no ocurran. Asimismo, lo explicó la CPI al establecer que “[...]el nexo se entiende satisfecho, cuando se establece que los crímenes no se hubieran cometido si el superior hubiera ejercido el control efectivo o ejerciendo adecuadamente este mismo, hubiera prevenido la comisión de los crímenes”¹⁰⁹. Pero el estándar es el de la disminución del riesgo. Es decir, no debe existir certeza sobre la idoneidad de las acciones debidas para evitar el resultado criminal. Es suficiente con que el cumplimiento de los deberes hubiera disminuido el riesgo de la comisión de los crímenes¹¹⁰.

B. Responsabilidad penal por omisión de los superiores jerárquicos en el ordenamiento jurídico colombiano

Este apartado se concentra en la forma como la omisión se encuentra regulada en el CPC. En este contexto, la responsabilidad penal por omisión es tratada de dos maneras distintas: por un lado, a través de la figura de la omisión propia, la cual hace referencia a aquellos tipos penales cuya descripción en sí misma implica no hacer, por ejemplo, la omisión de socorro (art. 131), la omisión de denuncia de particular (art. 441), la omisión de control (art. 325), entre otros¹¹¹; y, por otro lado, la omisión impropia, que no se encuentra consagrada en un tipo penal, lo cual, hace necesario acudir a la cláusula general del artículo 25 y a la parte especial del CPC para formar el tipo penal

¹⁰⁸ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. 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?, 28 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, p. 67 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-28.rsjr>

¹⁰⁹ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. 21 marzo 2016, párr 191.

¹¹⁰ COTE-BARCO. Responsabilidad del superior jerárquico...Op., cit., p. 67; Ver también CPI. Jean Pierre Bemba vs. Prosecutor. Confirmation Decision. 15 junio 2009, párr.415; y TPIY, Prosecutor vs. Delalić et al. Appeal Judgment. 20 de febrero 2001. párr. 425

¹¹¹ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos., El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Legis Editores S.A: 2002, Bogotá. Colombia, p. 27.

correspondiente¹¹². El texto a continuación se enfoca en los supuestos de la omisión impropia cubiertos a nivel normativo y jurisprudencial. Posteriormente, se determinan los puntos de encuentro del artículo 25 del CPC y del artículo 28 del ER, para, finalmente, comparar el alcance de cada figura por medio de un caso hipotético.

1. Sobre el artículo 25 del Código Penal Colombiano y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

La responsabilidad penal por omisión del superior no se encuentra expresamente regulada en el CPC; sin embargo, la doctrina, la Corte Constitucional (en adelante CC) y la CSJ la han interpretado con base en el artículo 25 del CPC, bajo la figura de la omisión impropia o comisión por omisión¹¹³. Concretamente, se trata de la conducta de quien ostenta posición de garantía y, en este sentido, tiene el deber de impedir un resultado antijurídico, pero se abstiene de hacerlo. En consecuencia, se está ante una conducta omisiva y pasiva por la cual se puede ser responsabilizado. Según el artículo 25 del CPC, la posición de garante se deriva de dos tipos de situaciones: 1) Cuando la persona tiene “a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico protegido” o 2) que se le ha “encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo”¹¹⁴.

De igual manera, la CSJ precisa que tiene posición de garante quien, “[...] por competencia derivada de organización, de institución o injerencia tiene el deber jurídico de proteger un bien tutelado por la ley, de modo que debe conjurar los resultados lesivos dentro de su órbita de responsabilidad”¹¹⁵. En este sentido, esta misma corporación establece que las fuentes de riesgos pueden provenir de: “i) la realización de una

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Esta interpretación se origina de la sentencia C-578 de 2002, donde la CC realiza el control de constitucional sobre la Ley 747 de 2002 que aprobó la adopción del Estatuto Roma y consideró que, si bien no existe ninguna disposición legislativa que recoja el concepto de responsabilidad penal por omisión del superior, el artículo 28 del ER se ajusta a la Constitución ya que internamente la figura correspondería la omisión impropia.

¹¹⁴ De igual manera lo resalta la Sala Penal de la CSJ rad. 34628 así: “[...] el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales”.

¹¹⁵ CSJ SP, 25 abr. 2018, rad. 49680.

actividad riesgosa lícita; ii) un mandato constitucional o legal, o; iii) de haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico”¹¹⁶. Adicionalmente, la CSJ aclara que la responsabilidad con base en la posición de garante no se puede evaluar de forma aislada y general, ya que, por el contrario, requiere “la constatación de que la persona tenga la capacidad material de evitar su producción, o lo que es igual, la facultad individual concreta y real de interrumpir el curso causal que culmina en la lesión del interés protegido”¹¹⁷.

Con relación a los elementos objetivos de los tipos penales en casos de omisión impropia se deben aclarar algunos aspectos. El sujeto activo es el garante como lo consagra la norma: “quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo [...]”¹¹⁸. En cuanto al sujeto pasivo, es la persona que tiene derecho a ser protegido de los posibles riesgos que recaen sobre él y amenazan o vulneran sus derechos¹¹⁹. Por ejemplo, el secuestrado, el menor de edad, entre otros. Ahora, en relación con la conducta, esta es pasiva, es el “no hacer” una acción determinada siempre que el garante hubiera estado en capacidad de actuar, ya que nadie está obligado a lo imposible. En este sentido, “el sujeto responde en la medida que, teniendo la capacidad de acción, no impida la producción de un resultado”¹²⁰. Por otro lado, en cuanto al resultado, para la imputación objetiva de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, “[...] es necesario que se haya creado un riesgo típicamente relevante, que se produzca un resultado y que este resultado, guarde relación con el riesgo creado”¹²¹.

En cuanto al elemento subjetivo, la conducta omisiva del garante puede ser dolosa o culposa. En el primer caso, el garante conoce su deber jurídico de evitación, sus alcances y que la omisión puede constituir una conducta típica. Además, comprende que

¹¹⁶ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236

¹¹⁷ Ibid., y ver también: CSJ SP, 12 oct. 2016, rad. 46604.

¹¹⁸ CPC., art. 25

¹¹⁹ FORERO RAMIREZ, El delito de Omisión en el Nuevo ...Op., cit., p. 45

¹²⁰ Ibid., p. 144

¹²¹ Ibid., p. 157

existe una situación de riesgo inminente para un bien jurídico que debe proteger, y, sin embargo, decide no evitar la producción del resultado porque quiere la realización del delito¹²². Es decir, para que el delito de omisión impropia sea doloso, el sujeto activo debe tener conocimiento de la posición de garante, conocimiento de la situación típica y voluntad de no llevar a cabo la acción debida¹²³. En el segundo caso, puede que el garante sea negligente y desestime la existencia de su posición de garantía o la posible ocurrencia de la conducta punible que afecta el bien jurídico. En este caso, se está bajo la culpa, la cual solo procede cuando el legislador haya previsto el tipo penal como culposo¹²⁴.

Al respecto, la CSJ coincide con estos elementos y señala que la atribución de responsabilidad por vía del artículo 25 del CPC exige: (a) una posición de garantía derivada de los supuestos previstos por el legislador; (b) la lesión a un bien jurídico cuya protección estaba a cargo del garante que incumplió el deber de evitar; (c) la omisión de tomar medidas necesarias para prevenir dicha vulneración; y el conocimiento, por parte del garante de los “[...] elementos constitutivos de la infracción, incluida la existencia de la posición de garantía [y] la propia capacidad de acción [...]”¹²⁵.

De otra parte, la CC “se ha centrado en eventos de omisión frente a conductas delictivas de terceros a quienes la Fuerza Pública debe combatir y no en la omisión del superior con relación a las conductas delictivas de sus subordinados”¹²⁶. En efecto, la primera vez que la CC abordó la RdM prevista en el artículo 28 del ER, lo hizo en la Sentencia SU-1184 de 2001,¹²⁷ al evaluar la competencia de la justicia penal militar para investigar y sancionar crímenes internacionales (concretamente, los hechos denominados como “masacre de Mapiripán”). Esta decisión versó sobre la omisión de tomar medidas necesarias, por parte de dos miembros del Ejército Colombiano (un

¹²² CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p. 80.

¹²³ FORERO RAMIREZ, El delito de Omisión ... Op. Cit., p. 165

¹²⁴ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p. 80.

¹²⁵ Ibid., p. 81.

¹²⁶ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Responsabilidad del superior...Op

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184-0,13 de nov. de 2001.MP: Eduardo Montealegre Lynett, apartado I.1.

brigadier y un teniente coronel), para evitar que un grupo paramilitar cometiera la masacre¹²⁸.

Los argumentos planteados por la CC fueron los siguientes: primero, se estableció que un delito cometido por la Fuerza Pública es competencia de la justicia penal militar siempre que se encuentre “en el marco de una actividad ligada a sus funciones”¹²⁹. Por lo cual, si se trata de crímenes de lesa humanidad cometidos por la Fuerza Pública, se rompe este vínculo porque la conducta busca fines contrarios a la función establecida constitucionalmente y, por ende, es considerado “un acto fuera de servicio”¹³⁰. Segundo, la CC consideró, con base en los artículos 2º y 217 de la Constitución, que las Fuerzas Militares (en adelante FFMM) tienen posición de garante frente a la población civil, por lo cual, deben actuar frente a los ataques por parte de grupos armados. En efecto, la CC estableció que los miembros de las FFMM pueden tener posición de garante por (1) haber creado un riesgo en el desarrollo de actividades peligrosas que son permitidas y derivan en deberes de seguridad en el tráfico; o (2) porque, al pertenecer a una estructura de seguridad básica, tienen el deber de proteger a la población contra los peligros que la amenacen, independientemente de la fuente de origen. Por consiguiente, en este contexto la CC afirma que los miembros de la Fuerza Pública deben “[...] tomar medidas especiales para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales”¹³¹. Concretamente, en este caso, la conducta consistió en no haber impedido que los miembros del grupo paramilitar circularán libremente por las regiones, lo cual constituyó, para la CC, un incumplimiento del deber de evitar la perpetración de los crímenes. En este sentido, los argumentos ilustrados permiten observar el vínculo que hace la CC entre el derecho penal nacional y el DPI. Sin embargo, se debe resaltar que no se trató de una sentencia sobre RdM *per se*, sino sobre el examen de un conflicto de competencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*, apartado II. 10. A.

¹³⁰ *Ibíd.*, apartado II. 10. B.

¹³¹ *Ibíd.*, apartado II. 17.a.

Teniendo en cuenta lo explicado sobre el delito de omisión impropia en Colombia, se observa que en el CPC no existe una norma expresa que regule la RdM, como ocurre en el ER. En todo caso, es posible concluir que, aunque no exista una regulación expresa, ciertos supuestos del ER pueden ser tratados con el artículo 25 del CPC o, en su defecto, con tipos penales de omisión propia de la parte especial del CPC. A continuación, se ahondará más en este asunto por medio de la comparación entre las disposiciones del ER y la normativa nacional.

2. Intersección entre el artículo 25 del CPC y el artículo 28 del ER

Ahora bien, a pesar de que exista el artículo 25 del CPC y la jurisprudencia de la CC y la CSJ, estas no son suficientes para abarcar todos los supuestos fácticos del artículo 28 del ER en el ordenamiento jurídico interno, aunque coinciden en algunos puntos. En primer lugar, el artículo 28 del ER determina que la RdM se configura por medio de las medidas razonables y necesarias que debió tomar el superior que, a su vez, implican el cumplimiento de uno de estos tres deberes: *prevenir* y *reprimir* la comisión de los crímenes, o *remitir* a las autoridades competentes para su investigación y judicialización. En este sentido, en el caso de presentarse el primer supuesto, omisión al deber de prevenir, este puede ser tratado en el ordenamiento jurídico interno conforme al primer párrafo del artículo 25 del CPC. Ahora bien, en cuanto a los otros dos deberes (reprimir y remitir a autoridades competentes), se debe precisar que el artículo 25 del CPC no cobija estos supuestos. Sin embargo, se considera que el incumplimiento de los otros dos deberes podría tratarse, eventualmente, con las normas de la parte especial del CPC de omisión propia¹³².

En segundo lugar, y teniendo en cuenta lo anterior, se debe precisar que el incumplimiento de los deberes no siempre supone que el superior deba responder por los delitos cometidos por sus subordinados. En efecto, en Colombia, el superior solo respondería por estos crímenes si incumplió el deber de evitar, pues es en este supuesto en que tendría posición de garante. En los otros dos casos (reprimir y remitir), el superior

¹³² COTE-BARCO, Responsabilidad del superior jerárquico...Op.Cit., p. 89; Ver también, SUAREZ LOPEZ, Carlos Alberto. Responsabilidad del superior en derecho penal internacional y posibilidad de aplicación en Colombia. Revista Internacional. Derecho Penal Contemporáneo, enero-marzo 2016. Bogotá, Colombia., p.135- 136.

podría eventualmente responder por un delito de omisión propia, es decir por un tipo penal autónomo imputado por su conducta omisiva y no por los delitos cometidos por sus subordinados¹³³. Por ejemplo, el abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417 CPC).

Por último, desde el punto de vista del elemento subjetivo, el ER responsabiliza la omisión de los deberes sin importar que estos se hayan cometido de forma culposa o dolosa. En efecto, el artículo 28 contempla el estándar de “saber” o “haber debido saber” en las circunstancias del momento que sus subordinados estaban cometiendo o cometieron graves crímenes. Por el contrario, en el derecho penal colombiano, solo tienen modalidad culposa los delitos que así haya establecido expresamente la ley, en su defecto, la conducta será dolosa¹³⁴. Por ejemplo, si el sujeto activo omite denunciar culposamente, no respondería por ningún delito, precisamente porque la omisión de denuncia solo está tipificada bajo una modalidad dolosa. Es decir, si la omisión en cualquiera de los tres deberes es culposa, en Colombia la responsabilidad penal va a depender de que haya una norma en versión culposa del delito¹³⁵. En efecto, el acceso carnal violento en persona protegida (Art.138), la toma de rehenes (Art. 148), o la tortura en persona protegida (art.137), entre otros, están prescritos en modalidad dolosa y no culposa. Por consiguiente, la omisión negligente del deber de evitar no sería punible, en la mayoría de los casos, en el ordenamiento jurídico interno, debido a que sería una conducta atípica¹³⁶. Esto podría obstaculizar la lucha contra la impunidad.

3. Comparación entre el artículo 25 del CPC y el artículo 28 del ER

Con el objetivo pedagógico de comparar las diferencias entre el artículo 25 del CPC y el artículo 28 del ER, a continuación, se propone un caso hipotético con dos

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ El artículo 21 del Código Penal manifiesta que “La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”.

¹³⁵ COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Responsabilidad del superior jerárquico...Op.Cit., p. 86

¹³⁶ Se resalta que en la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, Sala de Reconocimiento de Justicia y Paz del 30 de enero de 2017, se descartó la posibilidad de imputar acceso carnal en persona protegida a Rodrigo Zapata Sierra según el artículo 138 del CPC, debido a que este no contempla una modalidad culposa sino solamente dolosa.

variantes para poner de presente las diferencias con respecto a la imputación de la responsabilidad penal individual.

Desde hace más de veinte años el Estado ha luchado en contra del grupo armado “Los Revolucionarios”, quienes se tomaron violentamente la parte sur del territorio afectando la población civil de la ciudad Tabita. Frente a este hecho, el Estado se ha involucrado en diversos enfrentamientos, donde la población se ha visto gravemente afectada. Con el objetivo de mantener la paz y seguridad, el Estado mediante resolución, asignó la supervisión y control de este territorio al General Gómez de las FFMM, quien tenía el control efectivo sobre las tropas y un poder disciplinario determinante frente a los soldados. Desde hace un año, organizaciones no gubernamentales reportaron varios asesinatos de las esposas de los militantes del grupo armado, cometidos por soldados de las FFMM del Estado colombiano, con el propósito de demostrar quién tiene el poder y control en el territorio. A raíz de estos hechos, el Estado decidió investigar y judicializar al General Gómez, en virtud de que dichos crímenes fueron cometidos por sus subordinados.

Variantes:

A) El Comandante, sin ser el superior de estas tropas, sabía de los homicidios cometidos y nunca hizo nada al respecto, mucho menos los denunció.

B) El comandante, sin ser el superior de estas tropas, tenía razones para saber sobre la comisión de los crímenes y negligentemente no los denunció.

Por un lado, con los hechos del caso, es posible evidenciar que el General Gómez incumplió el deber de evitar (según el art. 25 del CPC) o de prevenir (según el art. 28 del ER) la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados. Esto en virtud de que tenía el “deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica”,¹³⁷ con fundamento, por ejemplo, en la Constitución Nacional –ver CC, Sentencia SU-1184 de 2001– y, no obstante, no tomó las medidas necesarias para cumplir con dicho deber. En consecuencia, según el CPC, al General Gómez le podría ser imputado por omisión impropia el delito de homicidio en persona protegida (art. 138 CPC) y, bajo el ER, podría responder por un crimen de guerra en virtud del artículo 8. El tratamiento de este caso en los dos ámbitos sería similar.

En cuanto a la variante (A), el artículo 25 del CPC no es aplicable, dado que, al no ser el superior, el General Gómez no tendría en este caso posición de garante. Sin embargo, se podría imputar una omisión propia dolosa bajo el tipo penal de abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417), puesto que el comandante sabía de la comisión de los crímenes. En cuanto al ER, el General seguiría siendo responsable por

¹³⁷ CPC. Artículo 25

crímenes de guerra, puesto que incumplió el deber de remitir a las autoridades competentes para la investigación y judicialización de los crímenes cometidos por sus subordinados, conforme lo dispone el artículo 28 ER.

En la variante (B), la conducta omisiva del General Gómez sería atípica a la luz del CPC, puesto que la conducta fue negligente y el CPC no contempla la omisión de denuncia en modo culposo. Por lo cual, el General no sería penalmente responsable por ningún hecho. Por el contrario, frente al ER, el General sería responsable por los crímenes de guerra al no tomar las medidas necesarias y razonables para reprimir o denunciar a los perpetradores de los crímenes.

El alcance de la responsabilidad penal, con base en los mismos hechos, puede ser entonces diferente en la legislación nacional y en la internacional. En algunos casos, con el CPC se pueden tratar ciertas situaciones de manera similar a como se trataría con el ER, pero en otros, dichas conductas podrían quedar en la impunidad, pues a nivel interno serían atípicas. Estas diferencias pueden generar confusiones sobre los límites de la responsabilidad penal individual, lo que se traduce en falta de seguridad jurídica.

III. ADOPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En esta segunda parte, se pretende analizar la adopción de la RdM en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de dos visiones: primero, por medio de la sentencia de la CSJ en el Caso Bloqué Héroes del Chocó y, segundo, por medio de la normativa desarrollada para la JEP en virtud de lo pactado en el Acuerdo Final. Lo anterior, con el objetivo de señalar las diferencias y similitudes en el enfoque de las altas cortes y evidenciar los respectivos problemas normativos en la adopción de la RdM en nuestro derecho interno.

A. Adopción de la Responsabilidad de Mando por parte de la Corte Suprema de Justicia en el Caso Bloqué Héroes del Chocó (Zapata Sierra)

A continuación, se presenta un análisis de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ del 5 de diciembre de 2018,¹³⁸ en la que decide los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía (en adelante FGN) y los representantes de víctimas contra la sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín el 30 de enero de 2017. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal no atribuye responsabilidad penal por delitos de violencia sexual a Rodrigo Zapata Sierra, comandante militar del Bloque Pacífico de las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante AUC), entre otras razones debido a que el acceso carnal violento en persona protegida no consagra modalidad culposa, ni es posible sancionar como una omisión imprudente¹³⁹. A pesar de ello, se resalta que en el recurso la FGN insiste en la imputación de los cuatro hechos de acceso carnal violento, pero la CSJ solo condena por los dos cometidos en octubre de 2004. Lo anterior, debido a que los otros dos hechos se cometieron en 1998 cuando el ER y el CPC aún no estaban vigentes. En este sentido, se precisa que la providencia de la CSJ adquiere relevancia puesto que es la primera vez que esta aplica la RdM según el artículo 28 del ER. Por consiguiente, dada su importancia, se reseñarán en detalle varios aspectos relevantes para entender la visión de la CSJ al respecto.

Antes de comenzar con el análisis de la sentencia mencionada, se debe resaltar que además de las denominaciones establecidas por la ley penal y la doctrina para atribuir responsabilidad, la CSJ se ha referido en varias ocasiones a lo que parece ser una forma específica de responsabilidad penal conocida como *coautoría por cadena de mando*, la cual se debe diferenciar de la RdM. Este concepto recoge elementos de otras formas de imputación como la autoría mediata en aparatos organizados de poder (en adelante AOP). Adicionalmente, su aplicación y desarrollo conceptual en la jurisprudencia no es uniforme, dado que no se tiene claridad sobre su estructura dogmática. Es importante resaltar, por consiguiente, que ni la *coautoría por cadena de*

¹³⁸ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p. 80.

¹³⁹ Tribunal Superior del Distrito de Medellín. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. 30 de enero 2017. Radicados: 0016000253-2008-83308; 0016000253-2010-84398; 0016000253-2006-80893

mando y ni la autoría mediata en AOP deben ser confundidas con la RdM, como forma específica de responsabilidad penal individual, según el artículo 28 del ER. En efecto, son formas distintas de imputación, cada una con sus respectivos elementos.

Teniendo en cuenta la precisión anterior, a continuación, se analiza el primer fallo de la CSJ, en el que utiliza la figura de RdM consagrada en el artículo 28 del ER, para atribuir responsabilidad penal, descartando la imputación de responsabilidad por autoría mediata en AOP o coautoría impropia, figuras que han sido utilizadas por la CSJ para sancionar jefes de grupos armados en otras oportunidades¹⁴⁰. En este sentido, el análisis se concentrará en el delito de acceso carnal violento en persona protegida, atribuido a Rodrigo Zapata Sierra con fundamento en la RdM. Por lo cual, las demás temáticas e imputaciones relacionadas con los otros postulados, no se abordarán en el presente análisis.

El objetivo de este apartado es establecer si la aplicación por parte de la CSJ del artículo 28 del ER fue realizada adecuadamente, según los parámetros establecidos en este instrumento y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Para ello, primero, se realizará un recuento de los hechos y consideraciones de la sentencia; y, segundo, se plantearán algunas inquietudes y comentarios a la argumentación realizada por la CSJ con respecto a la aplicación del artículo 28 del ER.

1. Recuento de los hechos y consideraciones de la sentencia objeto de estudio

1.1. Contexto

A finales del año 1995, por solicitud de los mineros del Chocó, se creó el Frente Minero que más adelante se transformaría en el Bloque Pacífico –Héroes del Chocó– con el objetivo de combatir la presencia de grupos armados insurgentes. En el año 2001 Vicente Castaño Gil le ordenó a Rodrigo Alberto Zapata Sierra organizar un grupo en el Río Baudó, para brindar seguridad a los embarques del narcotráfico, lo que originó la creación del Frente Héroes de Chocó de las AUC. Entretanto, surgía el Frente Pacífico

¹⁴⁰Ver COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N° 32805) del 23 de febrero de 2010 y (Radicado N.º 35227) del 8 de febrero de 2012.

para dar seguridad a la región Baudó, bajo la estructura y liderazgo de Zapata Sierra. Luego, en 2002 se fusionó el Frente Pacífico con el Frente Héroes del Chocó, para ampliar su cobertura desde Bahía Solano hasta la Boca de Togoromá en la desembocadura del río San Juan¹⁴¹. Posteriormente, entre el 23 y 27 de agosto de 2005, dentro de un proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las AUC, se produjo la desmovilización colectiva del Bloque Pacífico- Héroes del Chocó y dentro de los postulados se encontraba Rodrigo Zapata Sierra¹⁴².

1.2. La imputación del delito de violencia sexual a Rodrigo Zapata Sierra

Para la imputación es relevante resaltar el patrón de violencia sexual étnica y de género contra las mujeres negras, practicado por el Bloque Pacífico- Héroes del Chocó y que estableció la Sala de conocimiento de Justicia y Paz y la CSJ. Esto, debido a que esta construcción fáctica es importante para determinar la RdM de Zapata Sierra¹⁴³.

La FGN le atribuyó a Zapata Sierra el delito de acceso carnal violento en persona protegida. Sin embargo, en primera instancia, el juez señaló que no se le podía imputar responsabilidad a título de coautor impropio, ni ninguna otra forma coautoría “[...] atendiendo a que no realizó un aporte voluntario en conjunto con otros, para que se cometieran las violaciones, no supo siquiera de su ocurrencia, ni contribuyó a su realización intencionalmente”¹⁴⁴. En relación con la autoría mediata a través de un AOP, la FGN señaló “[...] que la violación no hacía parte de la política y el plan de la organización, ni de las directrices e instrucciones de su cúpula, como tampoco de la voluntad de quienes estaban en los altos niveles del mando del grupo paramilitar”¹⁴⁵. Por

¹⁴¹ En este sentido, se manejaban dos estructuras distintas: “por un lado el Frente Héroes del Chocó, al mando de Luis Eduardo Echavarría Durango, alias Jonathan, y el Frente Minero, bajo el mando de Aldemar Echavarría Durango, alias Mario, los que dependían directamente del postulado RODRIGO ALBERTO ZAPATA SIERRA. No obstante, por desacuerdos entre comandantes, a finales de 2002 ambas estructuras se unificaron bajo el mando de Luis Eduardo Echavarría Durango y Eber Peñata Torres, alias Guacharaco, como segundo comandante militar CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.3

¹⁴² CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.4.; Cabe resaltar que Zapata Sierra se desmovilizó con el Bloque Calima el 18 de diciembre de 2004, en la finca El Jardín del corregimiento Galicia, municipio de Bugalagrande. El 17 de diciembre de 2009 solicitó su postulación a los beneficios de la Ley 975 de 2005¹⁴².

¹⁴³ La sala encontró un total de 26 casos de violencia sexual atribuibles al Bloque del Pacífico sin confesar e imputar. Solo había cuatro casos confesados e imputados a Zapata Sierra para un total de 30 casos de violencia sexual.

¹⁴⁴ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.26

¹⁴⁵ Ibidem.

último, subrayó que tampoco se configuraba un delito de omisión impropia dado que Zapata “[...] no tenía condición de comandante o jefe militar, su función era esencialmente financiera” y “[...] no generó una situación de riesgo próximo para las personas civiles que eran parte del conflicto, como las mujeres que fueron violadas [por lo que] no asumió una posición de garante”¹⁴⁶.

Por lo anterior, la Sala de Justicia y Paz manifestó que la FGN no pudo evidenciar que el postulado conociera el fenómeno de violencia sexual dentro de las filas del grupo armado ilegal o que tuviera información de que estaban cometiendo el crimen. Por lo cual, estableció que Zapata Sierra no era “[...] responsable de los delitos de acceso carnal en persona protegida, ni a título de omisión dolosa dada su posición de garante, ni como superior civil, político o militar del grupo ilegal, en el entendido que no hacía parte de la cadena de mando, ni tenía autoridad sobre el grupo armado”¹⁴⁷. Frente a la decisión, la FGN interpuso recurso de apelación, con varios argumentos, entre ellos el de la no legalización de cargos respecto al delito de acceso carnal violento en persona protegida¹⁴⁸.

2. Consideraciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

La CSJ precisó que la sustentación del recurso interpuesto por la FGN giró en torno a tres ejes temáticos: (1) la caracterización de los patrones de macro criminalidad; (2) la violencia basada en género y (3) el daño a la víctima y el resarcimiento del perjuicio. El presente texto se enfocará solamente en las consideraciones con respecto a la violencia basada en género, ya que la RdM que se le imputa a Zapata Sierra se configura en relación con el delito de acceso carnal violento en persona protegida (art. 138 CPC).

¹⁴⁶ Ibid., p. 27

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Concretamente, “[p]ara el recurrente tal decisión no es acertada, en tanto que el postulado en su posición de comandante financiero admitió de manera libre, voluntaria y espontánea haber sido responsable de toda actividad criminal desarrollada por los miembros del grupo armado, por lo que en su calidad de máximo responsable le era exigible el conocimiento de los ilícitos cometidos por sus subordinados” Ibid., p.40

2.1. Violencia sexual en el conflicto

La CSJ en su sentencia ilustra la violencia sexual en el conflicto armado y hace referencia al Auto 092 de 2008 de la CC que identificó diversas circunstancias que evidencian la vulnerabilidad de las mujeres en el conflicto armado colombiano, entre ellas, identificó la violencia, explotación y abuso sexual¹⁴⁹. Adicionalmente, ha considerado que estas prácticas –cometidas por miembros de grupos al margen de la ley– son una forma de ejercicio de poder de dichos grupos que trasgrede y afecta significativamente los derechos de las mujeres, su dignidad y libertad sexual. Asimismo, este delito fue objeto de análisis del TIPY y TIPR identificando que la violencia sexual ha sido una práctica masiva en diversos conflictos internacionales en donde, en algunos casos, ha obedecido a estrategias militares¹⁵⁰. Adicionalmente, la CSJ precisó que la violencia sexual en relación con el conflicto nace a partir de la consideración del “estatus de poder perpetrador” que, en este caso, “es la construcción de masculinidades hegemónicas, que se identifican por la violencia hacia lo no masculino, es decir, lo gay y lo femenino”¹⁵¹.

2.2. Imputación de cargos a Rodrigo Zapata según Artículo 28 del Estatuto de Roma

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico que debe resolver la CSJ es definir si el postulado es responsable por los dos crímenes de acceso carnal violento en persona protegida¹⁵² cometidos en octubre de 2004. Para ello, la CSJ exploró distintas formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero¹⁵³ y luego, para el caso concreto, imputó bajo la figura de RdM establecida en el artículo 28 del ER. Razón

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Auto 092 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004.

¹⁵⁰ TIPR. Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu. Judgment. 2 de septiembre de 1998; Ver también: TIPY, Prosecutor vs. Furundžija, Judgment. 10 de diciembre de 1998 párr. 184-186; CPI. Prosecutor vs. Katanga, Judgement. Trial Chamber II. 24 de marzo de 2017. Párr. 342 y 438

¹⁵¹ Ibidem. Al respecto, Erika Alejandra Cortés Ibáñez en “Feminización y subalternización del otro enemigo. Construcción y destrucción de corporalidades en contextos de conflicto armado y violencia extrema” Colombia Internacional (2014) 57 – 82, a su vez en Sentencia de la C CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, resalta lo siguiente: “[...]la identidad paramilitar tuvo por eje resaltar «valores masculinos de honor y valentía, y promovió la venganza como forma de resolución de conflictos» y, en ese contexto, «la hipersexualidad masculina es entonces aceptada como una ley natural en los grupos paramilitares, lo cual implica una visión objetivizante de las mujeres»

¹⁵² Concretamente, se trata de cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento en persona protegida que ocurrieron en marzo de 1998, marzo de 2001, y dos de ellos en octubre 2004.

¹⁵³ A saber: la posición de garante, la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad y el actuar por otro.

por la cual, en el estudio de la sentencia, solo se hará referencia a este tipo de responsabilidad.

En primer lugar, la CSJ invoca el literal (a) del artículo 28 del ER, el cual ha sido utilizado por la CPI para responsabilizar las FFMM de un Estado. Sin embargo, la CSJ manifestó que “esta forma de responsabilidad tiene cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales”¹⁵⁴. Adicionalmente, determinó que los elementos estructurales que permiten atribuir la responsabilidad penal del individuo son aquellos establecidos del literal (a) del artículo 28 del ER¹⁵⁵.

En segundo lugar, la CSJ examina si el artículo 28 del ER es aplicable directamente al ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, primero, hizo un recuento jurisprudencial y se refirió a una sentencia anterior en la que afirmó que “la teoría aplicable en materia transicional dentro del caso colombiano es la autoría mediata en AOP”¹⁵⁶ y no la RdM. Sin embargo, en la decisión objeto de estudio, la Corte enfatizó que la teoría de AOP “[...] no constituye un precedente en el que se haya sentado como subregla la no aplicabilidad [o prohibición] de ese particular mecanismo [es decir, la RdM] de imputación al ordenamiento interno”¹⁵⁷. Lo anterior, con base en que la CSJ no determinó que esta figura fuera errada o contraria al ordenamiento jurídico y que, aunque la jurisprudencia¹⁵⁸ haya avanzado en la aplicación de la autoría mediata en AOP, esto no conlleva a la negación de la aplicación de otros conceptos o a “[...] descartar la viabilidad de aplicar el instituto de la RdM consagrada en el artículo 28 del ER de la CPI”¹⁵⁹. Adicionalmente, se debe aclarar que estas dos formas de responsabilidad no son excluyentes, precisamente porque tratan supuestos diferentes¹⁶⁰.

¹⁵⁴ En este sentido, añade que: “[...]la noción de “comandante *militar*” no debe entenderse en términos orgánicos, es decir, como una alusión a las Fuerzas Militares legal y constitucionalmente establecidas, sino funcionalmente, esto es, en referencia a la actividad bélica o de la milicia, regular o irregular”. CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.90.

¹⁵⁵ Cfr. Ver punto 6 sobre “Elementos de la Responsabilidad de Mando según el artículo 28 del ER” del presente trabajo

¹⁵⁶ CSJ SP, 26 sep. 2012, rad. 38250.

¹⁵⁷ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.68 p.103

¹⁵⁸ CSJ SP, 2 sep. 2009, rad. 29221 y CSJ SP, 21 sept 2009, rad. 32022.

¹⁵⁹ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.68 p.104

¹⁶⁰ Tal y cómo se explicó al inicio de la parte (A) del presente capítulo, p. 28 segundo párrafo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en tercer lugar, la CSJ determina que el literal (a) del artículo 28 del ER hace parte integrante del derecho nacional y es aplicable al caso concreto¹⁶¹. Esto, en virtud de que, según la CSJ, el ER es un tratado internacional ratificado por Colombia¹⁶² y sus disposiciones se ocupan de DDHH¹⁶³. En efecto, la CSJ alude al artículo 2º del CPC, el cual consagra que “las normas y postulados que sobre DDHH se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”¹⁶⁴, por lo cual, según la CSJ, no es necesario que la legislación colombiana consagre la figura determinada¹⁶⁵. Adicionalmente, afirma que la ratificación y aprobación del ER supone para Colombia investigar, juzgar y sancionar “[...] a los jefes militares de estructuras armadas regulares o irregulares cuya conducta se subsuma en la descripción del artículo 28 de esa codificación [...]”, por lo cual, establece que la única forma de honrar dicho compromiso internacional es por medio de la aplicación de las disposiciones internacionales en el derecho interno”¹⁶⁶.

2.3. El caso concreto (Zapata Sierra)

Atendiendo a las explicaciones de los diferentes tipos de imputación de responsabilidad individual por hechos de un tercero, la CSJ desestima que los hechos

¹⁶¹ Ibid., p. 106

¹⁶² CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236 p.108

¹⁶³ A propósito de esto, la CSJ determinó que: “Desde luego, no todas y cada una de las provisiones del Estatuto atañen directamente a la protección de los derechos humanos, textos éstos de carácter sustancial, pues varias de ellas se ocupan simplemente de aspectos administrativos, organizacionales, procedimentales y operativos de la Corte Penal Internacional. Pero, lo cierto, es que los preceptos atinentes a los títulos de imputación sí tienen categoría de disposiciones sustanciales y a su vez de normas internacionales de derechos humanos y es a través de ellas que se materializa la atribución de responsabilidad penal por la comisión de delitos internacionales y, por esa vía, se materializa uno de los fines últimos del Estatuto, en concreto, el de lograr la punición de los mismos y prevenir su futura realización”. CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.109.

¹⁶⁴ CPC, Artículo 2

¹⁶⁵ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 44312.

¹⁶⁶ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.68 p. 113.

de violencia sexual imputados a Zapata Sierra puedan ser atribuibles por posición de garante¹⁶⁷, por la vía de la autoría mediata en AOP¹⁶⁸ o por la figura del actuar por otro¹⁶⁹.

En primer lugar, para la fecha en que sucedieron los delitos, la CSJ constató que Zapata Sierra ejercía como comandante militar del Bloque, “función que le fue asignada explícita y formalmente con ocasión de la reestructuración de esa organización producida a principios de 2002”¹⁷⁰. En segundo lugar, se evidenció que los delitos fueron cometidos por miembros del Bloque que comandaba Rodrigo Zapata y que se configuró el tipo penal del artículo 138 del CPC que define el acceso carnal violento en persona protegida ¹⁷¹. Además, determinó que dicho artículo corresponde al crimen de guerra consagrado en el artículo 8.2.e.vi. del ER¹⁷².

En segundo lugar, por medio de las pruebas presentadas fue posible evidenciar que Rodrigo Zapata “[...] ejercía sobre sus fuerzas mando y control efectivo, de modo que contaba con la capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos”¹⁷³. En efecto, la CSJ determinó que el propio postulado puso de presente, por medio de confesión, que era el encargado de “[...] la dirección y supervisión

¹⁶⁷ “No puede sostenerse que el postulado tuviera el deber jurídico de evitar resultados antijurídicos ocasionados por sus subordinados. Ciertamente, Zapata Sierra hacía parte de una estructura armada ilícita y, en tal condición, no pesaba sobre él un mandato normativo que supusiera para él una posición de garantía formal” CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p. 119.

¹⁶⁸ “El instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder tampoco permite responsabilizar a Zapata Sierra por esos hechos, porque la violencia sexual no hacía parte del ideario delictivo del Bloque que él dirigía – de hecho, estaba estatutariamente prohibida, según se demostró – y las pruebas descartan que los cuatro delitos imputados hubiesen sido ejecutados por órdenes suyas” CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.120.

¹⁶⁹ “Los delitos sexuales imputados a Zapata Sierra no fueron cometidos por él en condición de representante de hecho o de derecho de los autores materiales de los mismos, ni tales conductas están tipificadas como delitos especiales en los que sus elementos estructurales estén disociados entre los perpetradores y su representante jurídico. La figura del actuar por otro, en consecuencia, resulta en todo inaplicable a este asunto y no puede utilizarse para solucionarlo” CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.120.

¹⁷⁰ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.125

¹⁷¹ Artículo 138, CPC “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹⁷² A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:(...) e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los **conflictos armados que no sean de índole internacional**, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...) vi) **Cometer actos de violación**, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Adicionalmente, se recomienda tener en cuenta los elementos contextuales de los crímenes establecidos en el Artículo 8 2) e) vi)-

¹⁷³ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, 128.

de la organización, por lo que en él recaían las facultades de ordenar operaciones, movimientos de tropas y hostilidades, así como las de reubicar personal, desplazarlo y sancionarlo”¹⁷⁴. Adicionalmente, resalta la Corte que su condición de militar del Bloque no era meramente formal, por el contrario, sus órdenes eran efectivamente acatadas por los combatientes, “[...]al punto de poder disponer sobre la vida de ellos como consecuencia de la imposición de una sanción por las conductas que ejecutaban”¹⁷⁵. Por último, la CSJ argumenta que fue acreditado que la máxima autoridad de las AUC ordenaba de manera directa a Zapata Sierra la realización de operaciones bélicas para la captura y control de territorios, lo cual supone “[...] que aquel tenía la capacidad de impartir órdenes operativas a las tropas y asegurar su cumplimiento”¹⁷⁶. Así, para la CSJ, las evidencias anotadas fueron suficientes para determinar que, a pesar de no haber permanecido permanentemente en el área de influencia del Bloque, Rodrigo Zapata sí tenía control efectivo sobre los miembros del mismo.

En tercer lugar, respecto de las medidas para prevenir, reprimir o sancionar los delitos de acceso carnal violento, la CSJ aseguró que el postulado no las tomó. Esto fue probado debido a que él mismo reconoció que confió la tarea de vigilancia a un subordinado suyo y que aceptó no haber realizado ningún acto para evitar la ocurrencia de la conducta hasta el punto de que el mismo afirmó que “[le] faltó tener más control de esos grupos”¹⁷⁷. En razón de esto, se debe hacer una mención al elemento subjetivo analizado por el Tribunal de primera instancia, quien determinó que el acusado no tuvo conocimiento y por esto su conducta no fue dolosa y, debido a que el delito de acceso carnal violento en persona protegida no consagra una modalidad culposa, tampoco se podía atribuir este tipo de responsabilidad al postulado¹⁷⁸. Por el contrario, la CSJ no coincide con este argumento y estima que Zapata Sierra sí tenía conocimiento de los delitos de violencia sexual que ocurrían en sus tropas y que, a pesar de ello, se abstuvo

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibid., p. 129

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibid., p.130

¹⁷⁸ Tribunal Superior del Distrito de Medellín. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. 30 de enero 2017, p. 539

de tomar medidas para prevenirlos, por lo cual, su comportamiento fue doloso¹⁷⁹. Concretamente, la CSJ estableció que “la violencia sexual contra las mujeres no sólo era cometida por patrulleros u hombres de bajo rango, ni a cubierto o a espaldas de sus comandantes, sino también por éstos o con su conocimiento y aprobación o beneplácito, expreso o tácito”¹⁸⁰.

En último y cuarto lugar, la CSJ determinó que, si Zapata Sierra hubiese tomado las medidas preventivas y represivas, hubiera podido prevenir o al menos reducir significativamente la comisión de este delito. Esto, en virtud de que la Corte evidenció que las órdenes que él impartía eran cumplidas a cabalidad y tenía mucha influencia sobre asuntos disciplinarios. En palabras de la Corte, “[...] hubiera podido construir una cultura de respeto por el derecho internacional humanitario entre la tropa, o haber sancionado o removido de la estructura a quienes previamente se habían visto involucrados en casos de violencia sexual”¹⁸¹. Finalmente, teniendo en cuenta los anteriores cuatro puntos, la CSJ imputa el delito de acceso carnal violento en persona protegida consagrado en el artículo 138 del CPC con fundamento en el artículo 28 del ER.

3. Análisis y comentarios sobre la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma

Tomando en consideración la argumentación de la Sala Penal de la CSJ, en cuanto a la atribución de RdM en el delito de acceso carnal violento en persona protegida, surgen varios interrogantes. Estos se desarrollan a continuación en cuatro partes, a saber: (1) inquietudes sobre la justificación de la aplicación directa del artículo 28 del ER en el ordenamiento jurídico interno; (2) problemas de utilización parcial de dos cuerpos normativos distintos; (3) ausencia de claridad sobre los tres deberes del artículo 28 del ER; y (4) contraste con la decisión absolutoria del *Caso Bemba* proferida por la Cámara de Apelaciones de la CPI.

¹⁷⁹ Ibid., p.131

¹⁸⁰ Ibid., p.132.

¹⁸¹ Ibid., p.134

3.1. Inquietudes sobre justificación de la aplicación directa del artículo 28 del ER en el ordenamiento jurídico interno

Las consideraciones de la CSJ dan lugar a varias inquietudes sobre los argumentos para determinar la aplicación directa del ER en nuestro ordenamiento jurídico. Especialmente si se tiene en cuenta que, según la CSJ, el ER es un tratado internacional ratificado y aprobado por Colombia que se ocupa de DDHH, razón por la cual debería entenderse como parte integral del CPC automáticamente.

Por un lado, la CSJ se apoya en la sentencia C-578 de 2002, en la que se analizó la constitucionalidad de la Ley 742 de ese mismo año. Al respecto se debe mencionar, en primer lugar, que la CC en esta decisión se refirió a los elementos del ER y afirmó que la legislación interna podía ser suficiente para imputar la RdM. Pero, además, la CC no profundizó en la posible introducción de cada elemento del artículo 28 del ER a la legislación nacional; tampoco en la forma cómo debería interpretarse esta normativa ni en los supuestos del ER que, en concreto, se pueden tratar con el artículo 25 del CPC u otros tipos de la parte especial del CPC¹⁸².

Por otro lado, la sentencia de control de constitucionalidad se limita a citar un apartado de la Sentencia SU-1184 de 2001, que determina que la imputación se efectúa sin importar la forma de intervención en el delito¹⁸³. Así, concluyendo que dicha cita jurisprudencial “[...] muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto”¹⁸⁴. Por último, los apartados sobre omisión de la sentencia de constitucionalidad SU-1184 de 2001 hacen parte del *obiter dicta* de la misma, por lo cual, es poco acertado que la CSJ los utilice como precedente¹⁸⁵. En este sentido, la CSJ se apoya en dos sentencias de la CC que no

¹⁸² Sobre ejemplos de argumentación errónea realizadas por la CC en cuanto a la responsabilidad de mando, ver COTE-BARCO, Gustavo Emilio. “Responsabilidad del superior jerárquico...Op., cit.

¹⁸³ La cita textual que la Corte Constitucional utilizó es la siguiente: “18. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los DDHH, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia) (subrayas fuera del texto). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002

¹⁸⁵ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Legis Editores S.A.: 2000, Bogotá, Colombia., p.223

analizan en detalle la posible adopción de la RdM en el ordenamiento jurídico colombiano. Los argumentos utilizados por la CSJ para establecer la aplicación directa del ER no contienen un análisis jurídico minucioso de cada elemento que configura la RdM según el artículo 28 –tarea que quizás hubiera podido realizar la CSJ en esta sentencia–. Por el contrario, son argumentos de carácter general –apelando a la universalidad de los DDHH–.

Adicionalmente se debe prestar especial atención a la consideración de la CSJ al identificar el ER como un tratado de DDHH bajo la cláusula del artículo 2º del CPC¹⁸⁶. Esto resulta problemático en varios sentidos. Primero, el ER per se, no es un tratado de DDHH, a pesar de que su contenido y aplicación ayuda a la lucha contra la impunidad de graves violaciones a los DDHH y al DIH. Sin embargo, la CSJ determina que sí lo es porque contiene normas de DDHH. En este sentido, parecería que la Corte argumentara que una norma que permite perseguir y sancionar penalmente una violación a los DDHH, es en sí una norma de reconocimiento y protección de los mismos. Esta afirmación plantea un absurdo, puesto que, bajo ese supuesto, por ejemplo, las disposiciones penales sobre el homicidio, el hurto, el constreñimiento ilegal, entre otras contenidas en el CPC, también lo serían. De igual manera, lo serían las normas sobre aspectos de la parte general del CPC.

Segundo, de ser válido este supuesto, tendría que ser aplicado a normas externas de la esfera del derecho penal, que cumplan con esa misma condición. Por ejemplo, las normas sobre paternidad, sobre nacionalidad, sobre derecho civil, laboral entre otros. De ser así, bajo dicho supuesto, todas las normas serían normas de DDHH; ¿existiría entonces algún límite? Por consiguiente, se debe precisar que a pesar de que el DPI es un mecanismo para sancionar violaciones masivas a los DDHH, bajo la idea, por ejemplo, de crímenes de lesa humanidad¹⁸⁷, disposiciones como las del ER no son normas que reglamenten el reconocimiento y disfrute de DDHH. Por el contrario, son normas de carácter jurídico penal, que definen un régimen específico de responsabilidad. El hecho

¹⁸⁶ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236., p.108

¹⁸⁷ AMBOS, Kai. *Crimes against Humanity and the International Criminal Court*, en L. N. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 279-304.

de considerar el artículo 28 del ER como una norma de DDHH permitiría pensar que el CPC también lo es, acarreando consecuencias que probablemente la CSJ no vislumbró, como por ejemplo, que tuviera que ser tramitado por una ley estatutaria, en lugar de una ley ordinaria¹⁸⁸.

Tercero, aunque la Corte acude al artículo 2º del CPC para hacer la integración del ER en la legislación penal colombiana, la Constitución Política en su artículo 93 plantea una delimitación mucho más clara para interpretar la disposición del artículo 2º sobre “tratados de DDHH”, al establecer lo que se entiende por tratados y convenios que reconocen DDHH.¹⁸⁹ Adicionalmente, a pesar de que se le hayan incluido unos incisos al artículo 93 sobre el ER¹⁹⁰, esto fue con el objetivo de *autorizar* su incorporación debido a que existen disposiciones, como la cadena perpetua, que no se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico, no para hacerlo parte de la legislación interna¹⁹¹.

Cuarto, de ser cierto que el artículo 28 del ER debe entenderse como parte integral del CPC, cabría preguntarse si lo mismo ocurre, por ejemplo, con las definiciones de los crímenes. En efecto, si la razón para integrar automáticamente al ordenamiento jurídico interno el artículo 28 del ER es que es una norma de DDHH, también se debería realizar la integración automática de los artículos 5, 6, 7, y 8 del Estatuto. Si esto fuera así, ¿dicha integración podría desplazar los tipos penales del CPC que describen esas mismas conductas? En caso afirmativo, ¿cómo determinar en cada caso la normativa aplicable?

¹⁸⁸ Al respecto la CC en sentencia C-247 de 95 afirmó que “(...) la reserva de ley estatutaria, si bien debe exigirse como requisito de forma indispensable cuando la materia del proyecto corresponda a cualquiera de los temas señalados en el artículo 152, no es exigible de manera absoluta en todas las ocasiones en que alguno de aquellos sea objeto de mención o referencia. No todo precepto que de alguna manera guarde relación con ellos debe ser aprobado mediante el trámite excepcional previsto para esa clase de leyes”.

¹⁸⁹ En este punto, el concepto de bloque de constitucionalidad en sentido estricto adquiere importancia en virtud que está conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución. Al respecto ver C- 574 de 1992, C-191 de 1998, C- 582 de 1999 y C-067 de 2003.

¹⁹⁰ Concretamente, con la ratificación del ER se introdujeron el inciso 3º y 4º que rezan así: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002

En consecuencia, la fundamentación de la CSJ para afirmar que el artículo 28 ER hace parte del CPC, por medio de la cláusula del artículo 2º, podría tener consecuencias importantes desde el punto de vista de la sistematicidad del ordenamiento jurídico penal y desde las fuentes del derecho que generarían mayor confusión. Al final, el criterio para definir la conducta penal terminaría reducido a qué facilitaría más imponer una condena, lo cual tendría serias repercusiones en la seguridad jurídica.

3.2. La utilización parcial de dos cuerpos normativos

La decisión de la CSJ lleva a utilizar de forma parcial dos cuerpos normativos: a saber, el artículo 138 del CPC y el artículo 28 (a) del ER. Concretamente, la CSJ imputa el delito establecido en el CPC, pero utiliza el artículo 28 a) del ER para establecer la forma de responsabilidad penal individual, descartando los mecanismos establecidos en la legislación interna. En este punto se deben plantear dos interrogantes: el primero, ¿pueden utilizarse parcialmente estos dos instrumentos y mezclarlos para obtener la imputación deseada? Segundo, teniendo en cuenta que la CSJ estableció que la definición del artículo 138 del CPC era igual a la definición de crímenes de guerra del ER, a saber, “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada (...) o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro CG”¹⁹², ¿por qué la CSJ no imputó el tipo penal establecido en el artículo 8.,2.,e.,vi del ER? Tal vez hubiera sido más acertado fundamentar la decisión en el artículo 8.2.e.vi. y en las formas de responsabilidad penal individual previstas en el ER, aún más cuando la conducta cometida por Zapata Sierra encaja en la descripción del crimen de guerra en conflictos no internacionales por actos de violación, tal como lo dilucidó en su argumentación la CSJ.

Adicionalmente, la CSJ es enfática en que solo utilizará el literal (a) del artículo 28 del ER y que este apartado normativo se incluye dentro de la legislación colombiana en virtud de la cláusula establecida en el artículo 2 del CPC. Sin embargo, en la sentencia, la CSJ no menciona el literal (b) del artículo 28 del ER, que tiene igual importancia que el (a). En este sentido, se echa de menos el análisis de este literal y sus posibles

¹⁹² CPI. Estatuto de Roma. Art. 8.,2., e.,vi

consecuencias en el derecho nacional, sobre todo, para efectos futuros de este referente jurisprudencial y la aplicación de esta figura en el panorama actual de la JEP.

3.3. Ausencia de claridad sobre la diferencia entre los tres deberes del artículo 28 del ER y las consecuencias del incumplimiento de cada uno

Para que sea posible atribuir responsabilidad penal según el artículo 28 del ER, uno de los requisitos es que el comandante no tome las medidas razonables y necesarias para *prevenir, reprimir o remitir a* las autoridades competentes los crímenes realizados por sus subordinados. En cuanto al deber de prevenir, que también significa evitar, se debe hacer una precisión importante que la CSJ olvida realizar en su fallo, lo cual puede acarrear incoherencias y confusiones. En primer lugar, a pesar de que la CSJ entiende que existen tres deberes, cuando se traslada a la aplicación del caso concreto, no es claro cuál de los tres deberes incumplió Zapata Sierra y cómo los incumplió en concreto. En efecto se limita a citar la confesión del acusado de manera general para probar que violó sus deberes¹⁹³. Adicionalmente, la CSJ parece entender equivocadamente la relación entre el deber de evitar y la figura de la posición de garante; en efecto, si hay deber de evitar, existe posición de garante, conforme al artículo 25 CPC. En este punto, resalta la inconsistencia en la argumentación de la Corte al fundamentar su decisión con base a la omisión del deber de prevenir (según el ER) y desestimar la aplicación del artículo 25 del CPC, cuando este también plantea el deber legal de evitar la comisión de una conducta típica. Incluso aún, cuando el *deber legal* puede devenir del ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual incluye el DPI y el DIH.

Existe entonces una contradicción de la CSJ ya que, por un lado, excluye la aplicación del artículo 25 del CPC en virtud de que “[...] la imputación por vía del artículo 28 del ER no requiere la existencia de un deber jurídico de evitación de resultados antijurídicos”,¹⁹⁴ y, al mismo tiempo, establece que Zapata Sierra tenía el deber de prevenir el resultado mediante medidas razonables y necesarias según el artículo 28 del ER. Con respecto a esto se hacen las siguientes consideraciones: por un lado, la CSJ

¹⁹³ Ver p. 30 del presente documento, frente a lo dicho por Zapata Sierra en su confesión.

¹⁹⁴ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.99

no evalúa las diferencias y similitudes entre la normativa nacional e internacional. De haberlo hecho, se hubiera dado cuenta de que estas dos normativas cumplen funciones análogas en cuanto al deber de evitar. Por esta razón, no hubiese sido necesario aplicar el artículo 28 del ER, sino simplemente el artículo 25 del CPC. Segundo, existe un interrogante en cuanto a que, si Rodrigo Zapata Sierra tenía el deber jurídico de evitar el resultado, ¿por qué no podía ser garante? En este punto se debe resaltar que la fuente del deber de evitar el resultado que tienen los superiores nace, en últimas, del DIH (tanto consuetudinario como convencional, arts. 86 y 87 del PA I). Este deber jurídico que opera a nivel internacional y que fundamenta la existencia del artículo 28 ER, puede también fundamentar la existencia de la posición de garantía en los términos consagrados del artículo 25 del CPC. En este sentido, la CSJ pierde de vista que si el jefe tiene el deber de prevenir un resultado (un crimen), tiene posición de garante –en términos de derecho penal interno–. Por consiguiente, la afirmación de la CSJ, según la cual “[...] la única forma de honrar dicho compromiso internacional es a través de la aplicación, en el derecho vernáculo, de las categorías [del derecho internacional] que permitan judicializarlos”,¹⁹⁵ resulta errónea.

3.4. Análisis paralelo con los estándares aplicados en la decisión de absolución del Caso Bemba.

Por último, en este aparte se traen a colación los argumentos utilizados por los jueces de la Cámara de Apelaciones de la CPI para justificar la absolución de Jean Pierre Bemba¹⁹⁶ –comandante del grupo rebelde Movimiento de Liberación del Congo y vicepresidente de la República del Congo– frente a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por sus tropas contra civiles en el año 2002 en la República Centroafricana. Esto, con el objetivo de ilustrar los estándares del artículo 28 del ER utilizados por la Cámara de Apelaciones de la CPI en el *Caso Bemba* y de trasladar y comparar dichos estándares con los argumentos esgrimidos por la CSJ en el caso de Rodrigo Zapata Sierra.

¹⁹⁵ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.113

¹⁹⁶ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018.

En primer lugar, uno de los argumentos que utiliza la Cámara de Apelaciones de la CPI es que no se puede imputar los cargos de manera general. Al respecto, en el *Caso Bemba*, la Cámara precisó que no es suficiente para la imputación hacer un listado de los crímenes o establecer de forma general los parámetros geográficos o de tiempo de los mismos, puesto que esto iría en contra con lo establecido en el artículo 52(b) y 74(2) del ER¹⁹⁷.

Ahora bien, trasladando esos argumentos al caso concreto de Rodrigo Zapata, se podría decir que la CSJ imputó de manera general el cargo de acceso carnal violento en persona protegida. Esto, debido a que no tenía evidencia concreta de que el postulado tuviera conocimiento efectivo de los delitos sexuales específicos cometidos por los integrantes del grupo armado en un momento y lugar determinado. De manera similar, lo estableció el Tribunal Superior de Medellín, que no le imputó este cargo a Zapata Sierra, al señalar que: “[...] la Fiscalía no presentó evidencia de que el postulado conociera el fenómeno de violencia sexual dentro de las filas del grupo armado o tuviera información clara que le indicara que se estaban cometiendo violaciones o los hombres bajo su responsabilidad podía o iban a cometerlas. El postulado también negó creíblemente que lo supiera y la Sala no [tuvo] elementos para no creerlo, entre otras cosas porque, como él lo afirmó, solo fue unas pocas veces a la región”¹⁹⁸. Entonces, cabe preguntarse, si al no tener evidencia concreta sobre la violencia sexual, ¿por qué a pesar de ello, la CSJ imputó el delito de acceso carnal violento? En su sentencia, la CSJ descarta lo dicho por el Tribunal sin analizar en detalle la evidencia que este tuvo en cuenta para fallar.

En segundo lugar, la CPI se concentró en las medidas que el Sr. Bemba hubiera podido tomar y en relación con estas, estableció ciertos estándares. Primero, la mera lista de medidas hipotéticas que hubiera podido tomar el comandante para cumplir los tres deberes exigidos por el artículo 28 del ER, de acuerdo con la Cámara de

¹⁹⁷ Ibid., párr. 110.

¹⁹⁸ Tribunal Superior del Distrito de Medellín. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. 30 de enero 2017. Radicados: 0016000253-2008-83308; 0016000253-2010-84398; 0016000253-2006-80893

Apelaciones, no es suficiente y además no demuestra que el comandante actuó irrazonablemente¹⁹⁹. Además, determinó que la Cámara de juzgamiento debía identificar en concreto lo que el comandante hubiera podido realizar²⁰⁰.

Segundo, insiste la Cámara de Apelaciones en que el comandante no está obligado a tomar exactamente *todas y cada una* de las medidas posibles, ya que el artículo 28 ER solo requiere que los comandantes hagan lo necesario y razonable dentro de las circunstancias posibles. Además, la Cámara de Apelaciones advierte que las medidas necesarias y razonables están relacionadas con la capacidad material del comandante para poderlas tomar²⁰¹, como se explicó en el apartado II. (A) 6.2 del presente trabajo.

Tercero, las medidas dependen de la habilidad material del comandante sobre ese territorio en el preciso momento, por lo cual, se debe determinar en concreto cuáles fueron las medidas que se podían adoptar y lo que no se hizo²⁰². Además, estas deben basarse en el conocimiento que el comandante tuviera sobre esos crímenes en esa época, en el preciso momento. En el *Caso Bemba*, se argumentó que las medidas planteadas por la Sala de Primera Instancia no tuvieron en cuenta la realidad del caso, puesto que no se consideró si las medidas –esgrimidas por la Sala de primera instancia– estaban disponibles para que el comandante las tomara en el momento preciso. Por el contrario, señaló, que estas fueron planteadas desde la perspectiva de los juristas en un tribunal, es decir, de forma abstracta y teórica²⁰³.

En este sentido, al trasladar los últimos tres argumentos mencionados al caso de Zapata Sierra, se puede determinar que la CSJ hizo una lista de medidas en abstracto y generales que hubiera podido tomar el comandante. Sin embargo, no estableció de forma concreta y específica –según el tiempo y el lugar– cuáles hubieran sido las medidas que

¹⁹⁹ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018. Párr. 170.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibid., párr.169.

²⁰² Ver ejemplos de las medidas en: TIPY, Prosecutor vs. Strugar. Trial Judgment, párr. 374-378; TIPY, Prosecutor vs. Halilović Trial Judgment, párr. 74; y TIPY, Prosecutor vs. Karadžić Trial Judgment, párr. 588

²⁰³ CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018, párr. 138.

Zapata Sierra hubiera podido tomar en ese momento y no tomó. En efecto, la CSJ plantea medidas muy generales, por ejemplo: “[...] hubiera podido construir una cultura de respeto por el derecho internacional humanitario entre la tropa, o haber sancionado o removido de la estructura a quienes previamente se habían visto involucrados en casos de violencia sexual”²⁰⁴. Adicionalmente, la CSJ exige que estas medidas que propone en abstracto, las haya cumplido en su totalidad sin advertir que en ese momento Zapata Sierra no tenía la habilidad material para tomarlas. En este punto, parecen más convincentes las consideraciones del Tribunal Superior de Medellín, al no imputar el delito precisamente porque no se evidenciaron pruebas de que Rodrigo Zapata tuviera la capacidad en ese territorio para ejecutar dichas medidas.

Por último, en cuanto a las medidas disciplinarias, la Cámara de Apelaciones de la CPI resalta que estas también tienen limitaciones y que no son absolutas²⁰⁵. Al respecto, la CSJ también falló al no darle peso a este argumento, debido a que, siguiendo lo dicho por el Tribunal Superior de Medellín, a pesar de que Zapata Sierra tuvo autoridad para tomar medidas disciplinarias hasta el punto de disponer de la vida de sus subalternos, no se evidenció que tenía conocimiento de los delitos sexuales cometidos por los miembros del grupo armado, por lo cual, aplicar una medida disciplinaria concreta era difícil. Podría decirse entonces que la autoridad para disciplinar estaba limitada por la falta de conocimiento y habilidad material de conocer sobre dichos delitos.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que los argumentos utilizados por la CSJ en el caso de Rodrigo Zapata Sierra presentan debilidades similares a las de la decisión de primera instancia tomada en el *Caso Bemba*. En efecto, se resalta que los argumentos utilizados por la CSJ para imputar con base al artículo 28 del ER, son similares a aquellos esgrimidos por la Cámara de primera instancia de la CPI, decisión que fue revertida con la absolución.

²⁰⁴ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 50236, p.134

²⁰⁵ Concretamente, señaló que aunque el Señor Bemba tuviera autoridad disciplinaria, eso no significa que esta tuviera limitaciones o que estuviera impedido de ejecutarla. CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018, Párr. 173

Si bien la CSJ estableció un primer precedente sobre RdM, aplicando el artículo 28 del ER, existen varias inquietudes y problemas con la argumentación planteada. Primero, la fundamentación de la aplicación directa del artículo 28 del ER, basada en la cláusula del artículo 2 del CPC, puede tener consecuencias problemáticas desde el punto de vista de la sistematicidad del ordenamiento jurídico penal y desde las fuentes del derecho. Segundo, la utilización parcial de dos cuerpos normativos parece poco consistente. Tercero, la ausencia de claridad sobre el tratamiento diferenciado de los tres deberes del artículo 28 del ER deja abiertos varios interrogantes y no queda claro cuál sería el alcance frente a la parte especial del CPC. Cuarto, el análisis paralelo con la decisión de absolución del *Caso Bemba* permite ver que los argumentos de la CSJ no necesariamente se encuentran en línea con el desarrollo actual del DPI (aunque también hay que tomar en consideración, que el *Caso Bemba* es el primer precedente en el contexto de la CPI). Por último, se debe resaltar que esta forma de adopción de RdM afecta la seguridad jurídica debido a los inconvenientes mencionados. Así, si bien la persecución penal de violaciones masivas de DDHH implica un análisis sobre la atribución de responsabilidad de los jefes militares por medio del DPI, es importante prestar atención a la manera en que esta se formula para no generar mayores inconvenientes o incertidumbres respecto al ejercicio del *ius puniendi*.

B. Adopción de la Responsabilidad de Mando en el marco del Acuerdo de Paz y las normas que lo desarrollan

El 26 de noviembre de 2016, luego de cinco años de negociaciones y más de cincuenta años de conflicto armado, se firmó el Acuerdo Final²⁰⁶ entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y el ex grupo armado FARC-EP. Este acuerdo se divide en cinco puntos, en donde cada uno aborda elementos esenciales para lograr justicia, verdad, reparación, reconciliación, con miras a la construcción de paz²⁰⁷.

²⁰⁶ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Firmado el 26 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón, Bogotá, Colombia.

²⁰⁷ El primer capítulo es sobre la política de desarrollo agrario integral; el segundo, aborda la participación política para fortalecer la democracia y el pluralismo; el tercero, enumera los puntos para el cese al fuego y los procesos de reintegración de las FARC-EP; el capítulo cuarto, desarrolla la solución al problema de las drogas ilícitas; el capítulo quinto crea el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en el cual las víctimas son el elemento central.

Una vez firmado el Acuerdo Final, el Estado colombiano inició el proceso para integrar lo acordado en su ordenamiento jurídico. Para ello y por medio de un procedimiento legislativo especial para la paz²⁰⁸, el Congreso de la República expidió el AL 01 de 2017²⁰⁹, el cual introduce disposiciones transitorias a la Constitución. A su vez, la CC realizó el control automático de constitucionalidad por medio de la Sentencia C-647 de 2017²¹⁰. Posteriormente, se redactó el PLE, que aún no ha sido promulgado como ley, más sin embargo, fue revisado por la CC en virtud del control automático en Sentencia C-080 de 2018²¹¹.

Teniendo claro el anterior panorama, este capítulo estudia la RdM en la normativa de la JEP. Para ello, primero describe las normas que desarrollan el Acuerdo Final y el doble estándar allí previsto sobre RdM y, segundo, analiza las consideraciones hechas por la CC en las sentencias C-647 de 2017 y C-080 de 2018; por último, con base en este análisis se resaltan algunas preocupaciones e inquietudes relacionadas con la seguridad jurídica y los límites de la responsabilidad penal individual. En este punto, es importante hacer una precisión metodológica, ya que se abordarán las consideraciones de las dos sentencias en conjunto, puesto que la C-080 de 2018 se remite a los argumentos de la C-647 de 2017 con respecto a la RdM, a pesar de que cada una se refiere a normas distintas.

Por último, el capítulo 6, desarrolla la implementación del acuerdo para que todos los componentes del acuerdo se cumplan satisfactoriamente.

²⁰⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (7 de julio de 2016). “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2016, No. 521.

²⁰⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (4 de abril de 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, No. 50.1961.

²¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647. 14 de noviembre de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-080. 15 de agosto de 2018. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Responsabilidad de Mando en las normas que desarrollan el Acuerdo de Paz

En cuanto al Acto Legislativo 01 de 2017, se deben analizar dos artículos que se relacionan con la RdM: en primer lugar, el artículo transitorio 22 sobre “[c]alificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz”, que establece que la JEP deberá realizar la calificación jurídica de las conductas con “[...] estricta sujeción a la Constitución Política, al Código Penal Colombiano, al derecho internacional de los DDHH y al DIH [siempre] con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”²¹². En segundo lugar, el artículo transitorio 24 que estipula la RdM para los miembros de la Fuerza Pública y recoge lo previsto en el numeral 44 del punto 5.1.2 del Acuerdo Final. Concretamente, se destaca que la RdM deberá fundarse, según el artículo transitorio 24, en (1) el control efectivo de la “respectiva conducta”; (2) en el conocimiento basado a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta; y (3) en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Adicionalmente, establece que el mando y el control efectivo sobre los actos de sus subordinados existe cuando se demuestren algunas *condiciones concurrentes*²¹³. En este punto se debe poner de presente que el AL no contempla un artículo específico para la RdM de los miembros del grupo armado FARC-EP. Por el contrario, se enfoca en el tratamiento diferenciado para los agentes del Estado (art. 17 del AL) y para los miembros de la Fuerza pública (art. 21 del AL 01 de 2017)²¹⁴.

²¹² Asimismo, lo plantea el inciso séptimo del artículo transitorio 5º “Jurisdicción Especial para la paz” y, además, se relaciona con lo establecido en la página 147 del Acuerdo Final.

²¹³ A saber, (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.

²¹⁴ La diferencia entre agentes del Estado y miembros de la Fuerza pública se desprende del artículo 49 del Acuerdo Final. Así, se considera que los agentes del Estado como género, y la Fuerza Pública como la especie. Al respecto ver: COTE, BARCO. Gustavo Emilio. Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo. En Ley de Amnistía Comentario completo y sistemático. 2019. Bogotá: Konrad Adenauer

Respecto al PLE, se analizan dos artículos: por un lado, en cuanto a la responsabilidad de los integrantes de organizaciones rebeldes (Art. 66, PLE), determina que “[...] se tendrá como referente jurídico el DIH, el derecho de los DDHH, el DPI y el CPC, siempre con aplicación de la norma más favorable”²¹⁵. Por otro lado, respecto a la responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados (Art. 67, PLE), determina que deberá fundarse en: (1) el control efectivo de la respectiva conducta; (2) en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta; y (3) en los medios a su alcance para prevenirla y de haber ocurrido, optar por las decisiones correspondientes²¹⁶. En cuanto al control efectivo, el PLE establece que este se entiende como “[...] la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”²¹⁷. Por último, en cuanto a la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública (Art. 68, PLE), hace una remisión directa al Capítulo VII del Acto Legislativo 01 de 2017.

2. Doble estándar de la Responsabilidad de Mando en las normas de la JEP

Después de reseñar las normas sobre RdM en el marco del Acuerdo de Paz, este acápite se concentra en establecer las diferencias entre la normativa para los miembros de la Fuerza Pública y para los miembros de las FARC-EP, ya que aquí se acogió un doble estándar sobre la RdM.

En primer lugar, se resalta que el AL incluyó solamente un artículo de RdM para los miembros de la Fuerza Pública y no incluyó un artículo específico sobre la misma materia para los miembros de las FARC-EP. Lo cual, posteriormente, con el PLE se intenta subsanar al incluir un artículo especial para los miembros de las FARC-EP. Sin embargo, este artículo sigue teniendo diferencias notorias con la disposición del AL sobre RdM, como se explicó anteriormente.

²¹⁵ Proyecto Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 66. Disponible en: <https://jepvisible.com/images/normatividad/LEJEP-Conciliado.pdf>

²¹⁶ Proyecto Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 67

²¹⁷ Ibidem.

En segundo lugar, existe una diferencia en cuanto a las fuentes normativas para cada artículo. Mientras que el artículo de los miembros de la Fuerza Pública hace referencia al CPC, al DIH y a las reglas operacionales, el artículo para los miembros de la FARC-EP incluye al DPI, es decir, el artículo 28 del ER, al PA I y a las normas consuetudinarias del DIH.

En tercer lugar, en cuanto al control efectivo, para los miembros de la Fuerza Pública deben configurarse cuatro condiciones de carácter concurrente que restringen y limitan la aplicación de la figura de RdM y, por ende, la imputación de responsabilidad a máximos responsables. Por el contrario, el artículo de las FARC-EP es mucho más laxo y amplio, ya que no plantea requisitos y menos que sean concurrentes, lo cual hace que aplicar la figura pueda ser más fácil.

Existen entonces varias diferencias importantes entre el artículo transitorio 24 AL y el ER. A saber, la RdM del artículo 24 es solo para miembros de la Fuerza Pública; exige *condiciones concurrentes* para configurarla; y no incluye el DPI como fuente. De otra parte, el artículo 28 del ER consagró la RdM tanto para superiores militares como no militares y, para establecer la existencia de control efectivo no exige ningún elemento en particular. En otras palabras, la figura creada a nivel internacional no se consagró adecuadamente en la normativa de la JEP y el estándar establecido en esta jurisdicción para la Fuerza Pública es mucho más estricto que el del artículo 28 del ER. Adicionalmente, la normativa internacional prevé la RdM *de iure* o *de facto*, mientras que en el artículo 24 del AL, se consagró solamente la responsabilidad *de iure*.

3. Análisis de las consideraciones de la Corte Constitucional en las sentencias C-647 de 2017 y C-080 de 2018.

Por medio de las sentencias C-647 de 2017 y C-080 de 2018 la CC realiza un control automático, único y posterior del AL y del PLE, respectivamente. A continuación, se presentarán las consideraciones relacionadas a la RdM de la sentencia C-647 de 2017 que realiza el examen de sustitución de la Constitución y, las consideraciones de la C-

080 de 2018 para justificar, concretamente, la constitucionalidad de los artículos 67 y 68 del PLE.

En la sentencia C-647 de 2017, la CC empieza desestimando los argumentos planteados por los intervinientes en cuanto a que el artículo transitorio 24 del AL (1) anula la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH; (2) atenta contra la prohibición de impunidad establecida en la Constitución; (3) no mantiene los mismos estándares establecidos en el artículo 28 del ER; y (4) limita la RdM al estar solo restringida para los miembros de la Fuerza Pública y al exigir más elementos²¹⁸.

Posteriormente, la CC realiza una consideración por cada argumento planteado por los intervinientes y señala, en primer lugar, que el artículo transitorio 24 se encuentra integrado a una reforma constitucional, por lo cual, “[...] el análisis judicial no puede ser asimilado a un control material de la legislación [...]”²¹⁹. En este sentido, desde el punto de vista del juicio de sustitución, la CC aclara que lo relevante

[...] no es si la figura de la responsabilidad de mando fue delineada en los términos más estrictos posibles, si amplió los dispositivos de la responsabilidad penal a sus más amplias posibilidades, o si reprodujo la fórmula del Estatuto de Roma, sino si alguna de estas circunstancias deviene en la anulación de la prohibición general de la impunidad, que constituye precisamente el elemento definitorio de la Carta Política que le corresponde preservar a este tribunal, y dentro del cual el constituyente secundario contaba con un amplio margen de maniobra para configurar las estructuras de imputación penal²²⁰.

En segundo lugar, en cuanto al deber general del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH, señala que este deber “se materializa a través de los múltiples instrumentos que provee la legislación interna, y que, en particular, permiten criminalizar a quienes han tenido un rol esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad [...]”²²¹. En efecto, la CC estableció que el CPC y el Código Penal Militar (en

²¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-672 de 2017, p.361 y en el Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz

²¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647. 14 de noviembre de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez, p.362.

²²⁰ Ibid., p. 362

²²¹ Ibid., p. 363

adelante CPM) contemplan distintas formas de autoría y de participación como la autoría mediata, la coautoría, la instigación y la complicidad, que pueden ser utilizadas para cumplir con la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los DDHH y al DIH. Adicionalmente, en esta sentencia se determina que la legislación interna también prevé distintas formas de comisión del delito, tanto por conductas activas como omisivas. En este punto, señala que el artículo 25 del CPC puede adjudicar responsabilidad por la omisión de tomar las medidas necesarias para evitar el resultado de un delito²²². Teniendo en cuenta esto y a la luz del examen de sustitución, la Corte argumenta que el sistema jurídico cuenta con diversos instrumentos para cumplir con el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los DDHH, por lo cual, el artículo transitorio 24, a pesar de las diferencias con el ER, no anula dicho deber.

En tercer lugar, la CC establece que la RdM “[...] debe ser intervenida con las categorías tradicionales del derecho penal, y no solo con los instrumentos del derecho internacional [...]”²²³. Además, la CC estableció que el ER, desde la perspectiva del derecho interno, “[...] no contiene títulos directos de imputación, sino mandatos de criminalización para el Estado, que deben ser materializados en el derecho nacional”²²⁴. Por lo cual, los desarrollos del DPI relativos a la RdM tienen relevancia solo en virtud de que constituyen un mandato de adecuación de la legislación y jurisprudencia interna²²⁵. Adicionalmente, la Corte argumenta que la RdM del ER “[...] no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni como una estructura rígida e inamovible que deba ser incorporada directamente en el derecho interno, sino como un deber de penalización que puede materializarse a través de las categorías que el constituyente o el legislador estime convenientes para enfrentar ese fenómeno específico”²²⁶. En este punto, se debe resaltar la diferencia del enfoque con la CSJ, ya que la CC parece tener una visión más moderada

²²² Al respecto, en el presente trabajo indagó en los puntos de intersección entre ambas normas (CPC y ER) y además, desarrolló un caso de estudio en el cual se concluyó que el deber prevenir del artículo 28 del ER se puede tratar, en el ordenamiento jurídico interno, por medio del deber de evitar del artículo 25 del CPC. Lo anterior, se encuentra en el capítulo II, parte (b) 1, 2 y 3.

²²³ Ibid., p. 368

²²⁴ Ibidem

²²⁵ Ibid., p. 369

²²⁶ Ibid., p. 370

que busca armonizar la legislación nacional e internacional, mientras que, la CSJ descarta por completo la utilización del CPC.

En este sentido, a pesar de que toma nota de las dificultades inherentes al proceso de adecuación normativa y que es consciente de que no existe un consenso sobre las formas en que las estructuras clásicas del derecho penal interno pueden configurar la imputación según el artículo 28 del ER, la CC sostiene que “[...] desde la perspectiva del juicio de sustitución 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 las violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH”²²⁷. Este enfoque, nuevamente, difiere de aquel de la CSJ, debido a que mientras la CC resalta la importancia de las estructuras penales clásicas, la CSJ las deja de lado y realiza afirmaciones problemáticas, como aquella de que el ER es un tratado de DDHH²²⁸.

En cuarto lugar, a la luz del juicio de sustitución, la CC determina que “[...] existe una coincidencia material en los elementos estructurales de la figura [RdM]”²²⁹, a pesar de que lo estipulado en el artículo transitorio 24 del AL no coincida con el ER, las normas consuetudinarias del DIH y el PA I. En efecto, la CC argumenta que los elementos estructurales de la figura en el derecho internacional se encuentran reflejados en el artículo 24 de la siguiente manera:

(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, 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 delitos²³⁰.

²²⁷ Ibid., p. 371

²²⁸ Cfr., ver nota 181.

²²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647. 14 de noviembre de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez, p.362.

²³⁰ Ibid., p.373

En este orden de ideas, la CC afirma que el concepto central previsto en el artículo transitorio 24 –en especial sus elementos estructurales– coincide con el del DPI²³¹.

Por último, la CC justifica la regulación especial y diferenciada para los miembros de la Fuerza Pública “[...] por el escenario transicional en el que se inserta el acto [...]” que deliberadamente buscó fijar un régimen especial de responsabilidad penal que tiene como contrapartida una ganancia sustantiva en términos de la consecución de la paz, de la verdad, de la reparación y de la no repetición²³². Frente a este punto, en la C-080 de 2018 la Corte no se pronunció.

4. Preocupaciones frente a las consideraciones de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta los argumentos descritos en el aparte anterior, surgen ciertas inquietudes y preocupaciones frente a las consideraciones de la CC en cuanto a la RdM. Primero, a pesar de que el CPC y otras normas internas consagran mecanismos para criminalizar a quienes incurran en una omisión que cause graves violaciones a los DDHH y al DIH, estas no son suficientes, en todos los casos, para imputar a la luz del artículo 28 del ER. En efecto, como se ilustró en el capítulo II parte (B) punto 2 de este trabajo, en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha consagrado normativamente la RdM como lo estipula el ER. La CC no explica las razones de estas diferencias, tampoco sus consecuencias ni señala las posibles soluciones para resolverlas.

Segundo, la conclusión de la CC en el sentido de que existe una coincidencia material en los elementos estructurales del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y la normativa del DPI (ER, PA I, Normas consuetudinarias del DIH), no es del todo exacta. Si bien comparten elementos, el artículo transitorio 24 exige muchos más. Por un lado, en cuanto al conocimiento, el artículo transitorio 24 del AL plantea que debe existir antes,

²³¹ Aún más, señala que este artículo no solo mantiene la exigencia del DPI, sino también “[...]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 material 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 punible de los subordinados. Ibid., p. 373

²³² Ibid., p. 374

durante o después, exigiendo un estándar más alto que solamente “haber sabido o hubiere debido saber”, como lo consagra el artículo 28 del ER²³³. Por otro lado, con respecto al control efectivo y como ya se mencionó, el artículo transitorio 24 plantea que se deben demostrar cuatro condiciones concurrentes, mientras que en el ER el estándar es más amplio, ya que no se establecen condiciones específicas para demostrar la existencia de control efectivo y menos aún, que estas deban ser concurrentes. Por consiguiente, preocupa que, al ser estas condiciones tan estrictas²³⁴, complejas, y de carácter concurrente, sea más difícil cumplir con este estándar y demostrar el control efectivo de los miembros de la Fuerza Pública.

Tercero, se considera que los argumentos utilizados para justificar la regulación especial y diferenciada para los miembros de la Fuerza Pública son poco acertados. Lo anterior, debido a que, la diferenciación no se justifica por el escenario transicional. De hecho, al imponer tantos requisitos y de manera concurrente, el resultado es la obstaculización de la verdad, la justicia y la reparación cuando se trate de miembros de la Fuerza Pública, lo que puede generar al final un escenario de impunidad. Además, se advierte que los estándares para aplicar la RdM son más altos para los miembros de la Fuerza Pública, que para los miembros de la FARC-EP, lo cual indica que su tratamiento, a pesar de ser diferenciado por el factor personal, puede no ser justo, y, por el contrario, sería inequitativo. Esto, en virtud de que el artículo transitorio 24 y, en consecuencia, el artículo 68 del PLE, restringen y limitan la RdM, desconociendo los estándares previstos en el ER. Por consiguiente, se echa de menos un análisis en términos de igualdad y equidad, y en consecuencia un ejercicio juicioso de ponderación. Adicionalmente, es curioso que la Corte no haya analizado que el artículo transitorio 24 no incorporó el DPI como fuente para los miembros de la Fuerza Pública, mientras que el artículo 67 sí lo establece para los miembros de las FARC-EP.

²³³ La Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 2018 coincide con que “En el Derecho Internacional no existen requisitos adicionales que tengan que ser cumplidos obligatoriamente, los cuales sí se exigen en el Acto Legislativo 01 de 2017 [...]” (p. 530)

²³⁴ Posteriormente, en la Sentencia C-080 de 2018 la Corte determina que los criterios establecidos en el artículo transitorio 24 del AL son “más estrictos que los requisitos para imputar responsabilidad por cadena de mando, con respecto al Estatuto de Roma” (p. 530).

Cuarto, en las sentencias analizadas la CC no hace referencia a que la relación superior-subordinado, de acuerdo con el artículo transitorio 24, al parecer, solo puede ser *de iure*. Por lo cual, una vez más, la norma interna restringe el estándar establecido por la CPI y el artículo 28 del ER, sin que esta diferencia se haya analizado en detalle por la CC.

Por último, en este punto se deben observar las conclusiones que nos deja la apelación del *Caso Bemba* –explicadas anteriormente en el capítulo III, parte A, punto 3– en términos probatorios y la dificultad de evidenciar los estándares establecidos en el artículo 28 ER. Esto, debido a que, si los elementos de la RdM en ese caso fueron difíciles de probar –no siendo concurrentes–, en el caso colombiano, al exigir concurrencia para los miembros de la Fuerza Pública, va a ser mucho más complejo y polémico probarlos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la adopción de la figura de RdM – desarrollada por el DPI– en el ordenamiento jurídico interno plantea varios problemas frente al CPC y las normas que desarrollaron el Acuerdo Final. Una vez más, la falta de claridad en la aplicación de normas y formas de responsabilidad penal internacionales conlleva a incoherencias (frente a lo argumentado por la CSJ) o restricciones a la figura (frente al AL 01 de 2017 y el PLE), que impactan la seguridad jurídica, al no dejar en claro los límites de la responsabilidad penal individual, en este caso, con base en la RdM.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El DPI juega un papel fundamental en la construcción de paz, dado que condiciona los procesos transicionales por medio de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano. Al mismo tiempo, como se ilustró por medio del análisis de la RdM, el DPI genera dificultades dados los problemas normativos que surgen de la difícil adopción de las normas internacionales en el derecho interno, lo que a su vez puede afectar la seguridad jurídica de las partes que han suscrito el Acuerdo de Paz y de quienes comparezcan ante la JEP.

En este sentido, el presente trabajó evidenció dos clases de problemas frente a la adopción de la RdM en el ordenamiento jurídico interno. El primero, relacionado con el CPC, por medio del análisis de la sentencia de la CSJ sobre el Bloque Héroes del Chocó (Caso Zapata Sierra). Concretamente, frente a la interpretación de los elementos del artículo 28 del ER. Esto, en virtud de que la CSJ desestimó la utilización del artículo 25, sin considerar que algunos de los supuestos del artículo 28 del ER pueden ser abordados con el artículo 25 (deber de prevenir) y por la parte especial del CPC (tipos penales de omisión propia como, por ejemplo, la omisión de denuncia). Sin embargo, cabe recalcar que la imputación con base en el CPC sería distinta a la del ER y no en todos los casos el superior respondería por los crímenes de sus subordinados, tal como se explicó en el capítulo III, parte (a) del presente texto.

De otra parte, se resaltó la errónea utilización de la cláusula del artículo 2º del CPC para justificar la aplicación directa del ER en el derecho interno. Esto es bastante problemático, ya que genera consecuencias importantes desde el punto de vista de la sistematicidad del ordenamiento jurídico penal y desde las fuentes del derecho. En efecto, al final el criterio para definir la conducta penal terminaría reducido a cuál facilita más imponer una condena y esto tendría fuertes repercusiones sobre la seguridad jurídica. Por último, se resalta que los argumentos utilizados para fundamentar la imputación con base en la RdM a Zapata Sierra son similares a los de la sentencia de primera instancia de la CPI en el *Caso Bemba*. Esto genera varias preocupaciones, debido a que esa argumentación fue invalidada por la Cámara de Apelaciones de la CPI al absolver al acusado.

El segundo tipo de problemas se encuentra relacionado con las normas que desarrollan el Acuerdo de Paz, puesto que existen incompatibilidades entre el AL 01 de 2017 y lo dispuesto en el artículo 28 ER. Los elementos incluidos en el artículo transitorio 24 del AL no cumplen completamente con las exigencias y obligaciones internacionales del ER. Por un lado, la normativa mencionada plantea un doble estándar de la RdM para los miembros de la Fuerza Pública y para los miembros de las FARC-EP en la JEP. En efecto, para los primeros, se exigen unos requisitos concurrentes mucho más estrictos y

restringidos que aquellos establecidos en el ER. Esto abre la posibilidad a escenarios de impunidad y más aún, afecta la seguridad jurídica de la Fuerza Pública, puesto que, al no poder ser juzgados en la JEP, podrían ser sujetos de una investigación por parte de la CPI en virtud del principio de complementariedad²³⁵.

En este sentido el presente trabajó intentó ilustrar los problemas en la adopción en el ordenamiento jurídico interno de la RdM, según la definición del artículo 28 del ER. Fue posible evidenciar que existen incoherencias, inconsistencias y vacíos en el proceso de adopción. Vacíos, que al intentar llenarlos, pueden transgredir los límites de la responsabilidad penal individual definidos en el derecho interno y afectar considerablemente la seguridad jurídica, presupuesto indispensable en contextos de justicia transicional y construcción de paz. En este punto surge la siguiente reflexión final: bajo el entendido de que el DPI tiene un papel fundamental, dado que condiciona los procesos de justicia transicional, pero al mismo tiempo genera dificultades dados los problemas jurídicos que surgen de la difícil compatibilidad entre el derecho nacional y las disposiciones internacionales, al final ¿qué tanto aporta el DPI en este tipo de procesos y frente a la construcción de paz? Esta inquietud surge como resultado del análisis realizado en este trabajo, pero debe ser resuelta con estudios interdisciplinarios posteriores, ya que supera los límites de esta investigación.

²³⁵ Al respecto de este principio ver: CPI. Informal expert paper: The principle of complementarity in practice (ICC-OTP 2003)

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law. Foundations and General Part. 2013 United Kingdom: Oxford University Press, 2013., p.186, Vol. I

AMBOS, Kai. Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en L. N. Sadat (ed.), Forging a Convention for Crimes Against Humanity, Cambridge University Press, 2011, p. 279-304.

BANTEKAS, Ilias. “The contemporary law of superior responsibility”. En: American Journal of International Law, Vol.93. 1999. p. 573. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2555261>.

CASSESE, Antonio. International Criminal Law. Ed: 2ª. Oxford University Press. 2008. p.4.

CASSESE, Antonio. From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court. En: The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volumen 1A. Oxford University Press.

CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John (Eds.), The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, Vol. 3, Oxford: Oxford University Press. 2009 pp. 823-872.

CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ). Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental). Disponible en: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Timor-Oriental_0.pdf

CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ). Tribunal Especial para Sierra Leona. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-SierraLeona.pdf>

COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON THE ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference. marzo 29, 1919. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/63159c/pdf/>

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), Comentarios al Borrador del Código sobre los Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la humanidad. Texto adoptado por la CDI en la sesión No. 84 de 1996.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA., La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión. Encontrado en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-spa.pdf> (p. 1)

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. 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?, 28 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 49-112 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-28.rsjr>

COTE, BARCO. Gustavo Emilio. Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo. En Ley de Amnistía Comentario completo y sistemático. 2019. Bogotá: Konrad Adenauer

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Informal expert paper: The principle of complementarity in practice (ICC-OTP 2003)

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos., El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Legis Editores S.A: 2002, Bogota. Colombia.

HENCKAERTS, Jean Marie. y DOSWALD-BECK, Louise. El derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen 1: Normas. Comité Internacional de la Cruz Roja. 2007. p. 632.
Encontrado en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. 2018.

KELSEN, Hans. Teoría Pura de Derecho. Traducción Roberto J. Vernengo. 1982. Universidad Autónoma de México., p.83

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Legis Editores S.A.: 2000, Bogotá, Colombia.

OLÁSULO, Hector. Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. 2013. Valencia. Tirant lo Blanch, p.449.

PRIETO, Rafael. Celebici: Crímenes en un campo de prisión y responsabilidad del superior jerárquico. 2009. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. p 132.

RIVERA, Henry, CORREA, Cristian y MARTINEZ, Juan Manuel. La Reorientación del Proceso de Justicia y Paz: Lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz. 2018. Nueva York: Centro Internacional de Justicia Transicional

ROJAS ANDRADE, Gabriel y MEHTA, Anjalía. Towards Procedural Restorative Justice In Transitional Contexts: The case of the Special Jurisdiction for Peace in Colombia. 2018. Bogotá: Centro Internacional de Justicia Transicional.

SCHWARZENBERGER, GEORG. The Inductive Approach to International Law. *Harvard Law Review*. Vol. 60, No. 4 (Apr., 1947), pp. 562-570.

SUAREZ LOPEZ, Carlos Alberto. Responsabilidad del superior en derecho penal internacional y posibilidad de aplicación en Colombia. *Revista Internacional. Derecho Penal Contemporáneo*, enero-marzo 2016. Bogotá, Colombia, p.91-142.

TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai. The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary. 2016. Ed: 3rd. 2016. C.H. Beck-Hart-Nomos.

VAHAKN., N. Dadrian. Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications. 14^o *Yale Journal of International Law* 221, 1989.

VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal Parte General. 2018. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. P. 425

TRATADOS Y ESTATUTOS

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Firmado el 26 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01/N01.pdf

Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals on the European Axis. Firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, p. 288. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf

Convenio de Ginebra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la

guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entró en vigor el 1 de julio de 2002. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Adoptado por Resolución 955 del consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. S/RES/955 (1994). Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>

Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Adoptado por resolución del Consejo de Seguridad, Resolución 827 del Sesión 3217, 25 de mayo de 1993. UN DOC S/RES/827 (1993). Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

Estauto Tribunal Penal Militar del Lejano Oriente. Special proclamation by the Supreme Commander tor the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; Estatuto de fecha 19 de enero 1946.

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio 1977, art. 86.2. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Tratado de Paz entre los Aliados, los poderes asociados y Alemania (Tratado de Versailles), Versailles, 28 de junio 1919, art. 227.

RESOLUCIONES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Reporte sobre la Cuestión de una Corte Penal Internacional por el relator especial Ricardo J. Alfaro. Documento A/CN.4/15 y Corn. I. 1950, volumen II. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 174. UN GAOR, 2da sesión, UN DOC. A/519 (1947) Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/81/IMG/NR003881.pdf?OpenElement>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución **44/39** del 4 de diciembre de 1989. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r039.htm>

NACIONES UNIDAS, Borrador del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional, Sesión 46, 2 de mayo-22 de julio de 1994., UN DOC. A/49/10 -1994. Disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf&lang=EF

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 de 1993. S/25704 del 3 de mayo de 1993. Encontrada en: <http://repository.un.org/handle/11176/51122>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución del Consejo de Seguridad Número 935. Sesión 49. UN DOC S/RES/935 (1994). Encontrado en: [https://undocs.org/S/RES/935\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/935(1994))

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Reporte Preliminar de la Comisión Independiente de Expertos establecida en conjunto con el Consejo de Seguridad en su Resolución 935 de 1994. UN DOC S/1994/1125. Encontrado en: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/s_1994_1125.pdf

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Reporte Final de la Comisión Independiente de Expertos establecida en conjunto con el Consejo de Seguridad en su Resolución 935 de 1994. UN DOC S/1994/1405. Encontrado en: <http://undocs.org/S/1994/1405>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 51/207 Establecimiento de una corte penal internacional. UN DOC A/RES/51/207 de 16 de enero de 1997. Encontrado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/50/PDF/N9776150.pdf?OpenElement>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Comité Preparatorio para el establecimiento de una corte penal internacional. UN DOC A/CONF.183/2 de 14 de abril de 1998. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/102/26/PDF/N9810226.pdf?OpenElement>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Adición 1. A/CONF.183/2/Add. 1. 14 de

abril de 1998. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/102/26/PDF/N9810226.pdf?OpenElement>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. UN DOC A/CONF.183/9* de 17 de julio de 1998. Encontrado en: <https://undocs.org/A/CONF.183/9>

NACIONES UNIDAS. United Nations Transitional Administration in East Timor. Regulation No. 2000/15. On the Establishment of the Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences. 6 de junio 2000. Disponible: <https://www.legal-tools.org/doc/c082f8/pdf/>

NACIONES UNIDAS. Agreement between United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a special court for Sierra Leone. Disponible en; <https://www.legal-tools.org/doc/797850/pdf/>

NACIONES UNIDAS. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Adoptado por resolución del Consejo de Seguridad, Resolución 827 del Sesión 3217, 25 de mayo de 1993. UN DOC S/RES/827 (1993). Encontrado en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. S/2004/616. 3 de agosto de 2004

LEYES:

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 599. (24 de julio 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C.: 2000. No. 44.097.

COLOMBIA, Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991) de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (7 de julio de 2016). “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2016, No. 521.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 01 (4 de abril de 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, No. 50.1961.

Proyecto Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 66. Disponible en: <https://jepvisible.com/images/normatividad/LEJEP-Conciliado.pdf>

CONSEJO DE CONTROL ALEMÁN. Ley No. 10 “Punishments of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity”, 20 de diciembre de 1945. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>

JURISPRUDENCIA

ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Caso Yamashita (1946) p.14. Encontrado en: <https://www.legal-tools.org/doc/c574e3/pdf/>

United Nations War Crimes Commission. “Law Reports of Trials of War Criminals” Volume IV, Tomoyuki Yamashita Case. p. 12 London. 1948. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf#page=12

Estados Unidos v. Karl Brandt et al., Sentencia, agosto 1947, p. 174. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c18557/pdf/>

Judgement [Pohl et al, Case] Encontrado en: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.07.14_United_States_v_Pohl.pdf

Tribunal Superior del Distrito de Medellín. Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. 30 de enero 2017. Radicados: 0016000253-2008-83308; 0016000253-2010-84398; 0016000253-2006-80893

Corte Constitucional de Colombia

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574, 28 de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 191, 6 de mayo de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 582, 11 de agosto de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 067, 4 de febrero de 2003 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1184-0º, 13 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, apartado I.1.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 092 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647. 14 de noviembre de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-080. 15 de agosto de 2018. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502. 27 de junio de 2002. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-078. 5 de julio de 2018. M.P: José Fernando Reyes Cuartas

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-247. 1 de junio de 1995. M.P: José Gregorio Hernández Galindo

Corte Suprema de Justicia de Colombia

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Radicado 28.017). Magistrado Ponente: Julio Enrique Soacha Salamanca

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 29221) del 2 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 32022) del 21 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 34628) del 15 de septiembre 2010. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 38250) del 26 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7135 del 5 de junio de 2014, (Radicado 35113) del Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia SP14547 (Radicado N.º 46604) del 12 de octubre de 2017. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia SP16905(Radicado N.º 44312) del 23 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia SP1291 (Radicado N.º 49680) del 25 de abril de 2018 Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia SP5333 (Radicado N.º 50236) del 5 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 35227) del 8 de febrero de 2010.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 32805) del 23 de febrero de 2010.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia (Radicado N.º 35227) del 8 de febrero de 2012.

Corte Penal Internacional (CPI)

CPI. Jean Pierre Bemba vs. Prosecutor. Confirmation of charges. Pre-Trial Chamber. 15 junio 2009, párr.415; 443

CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Judgment Decision. Trial Chamber III. 21 marzo 2016, párr 183, 191, 193, 195, 197, 198, 202

CPI. Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba. Appeal Judgment. 08 de junio 2018.

CPI. Prosecutor vs. Katanga, Judgement. Trial Chamber II. 24 de marzo de 2017. 342 y 438.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

TPIY. Prosecutor vs. Sefer Halilovic. Trial Judgement. 16 de junio 2005. pár. 54

TPIY. Prosecutor vs. Hadzihasanovic *et al.*; (Trial Chamber) Sentencia IT-01-47, 22 de abril de 2008. párr. 66., 33 y 142

TIPY. Prosecutor vs. Delić Trial Judgment, 15 de septiembre de 2008, párr. 76;

TPIY, Prosecutor vs. Delalić et al. Appeal Judgment. 20 de febrero 2001. párr. 190-198, 238, 256 Y 266;

TPIY. Prosecutor vs. Kordic y Cerkez, (Trial Chamber) Sentencia T-95-14/2-T, 26 febrero 2001, párr. 369

TIPY. Prosecutor vs. Čelebići Trial Chamber Judgment, párr. 370;

TIPY. Prosecutor vs. *Blaskic*, Trial Chamber Judgement. 3 de marzo de 2000. párr. 72, 300-302, 307, 417

TIPY. Prosecutor vs. Blaškić. Appeal Judgment, 29 de julio de 2004. párr.72, 417, y 419.

TIPY. Prosecutor vs. Popović et al. Appeal Judgment. 30 enero 2015. Párr. 1932.

TIPY. Prosecutor vs. Halilović Appeal Judgment. 16 de octubre 2007, párr. 63, 182,

TIPY. Prosecutor vs. Boškoski y Tarčulovski Trial Judgment, 10 de julio de 2008 párr. 415;

TIPY Prosecutor vs. Stakić Trial Judgment, 31 de julio de 2003 párr. 461.

TIPY, Prosecutor vs. Boškoski and Tarčulovski Trial Judgment, 19 mayo de 2010, párr. 418;

TIPY Prosecutor vs. Mrkšić et al. Trial Judgment, 27 septiembre 2007, párr 568;

TIPY, Prosecutor vs. Strugar Trial Judgment, 31 de junio 2005, párr. 376-378.

TIPY. Prosecutor vs. Kvočka et al. Trial Judgment, 2 de noviembre de 2001, para. 316.

TIPY. Prosecutor vs. Furundžija, Judgment. 10 de diciembre de 1998 párr. 184-186.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TIPR. Prosecutor v. Musema. Trial Chamber Judgment (ICTR-96-13-A). 27 de enero de 2000, párr. 880.

TIPR. Prosecutor vs. Nahimana et al. Appeal Judgment (ICTR-99-52-A). 28 noviembre 2007, párr. 791.

TIPR. Prosecutor vs. Ignace Bagilishema Appeal Judgment (ICTR-95-IA-A). 3 de julio 2002, párr. 28, 50

TIPR, Prosecutor vs. Grégoire Ndahimana, Appeal Judgment, 16 diciembre 2013, párr 79.

TIPR. Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu. Judgment. 2 de septiembre de 1998

OTROS:

SEMANA. ¿Qué ajustar a los Acuerdos de Paz? La responsabilidad de mando. Octubre 14, 2016. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/ajustes-a-los-acuerdos-de-paz-responsabilidad-de-mando/499084>

SEMANA. Procesos de Paz: 21 puntos para ponerse “de acuerdo”. Noviembre 7, 2017. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-21-puntos-para-ponerse-de-acuerdo/504641>

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. (2018). Justicia Transicional. Obtenido de https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional?gclid=CjwKEAjwgdSBRDA7fT68f6s8zMSJADZwHmvZEiDswAb99wz3dG67FTzEmGxgcyzQhp0eB5pGUDpzRoCVITw_wcB;