



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**Tratamiento de la responsabilidad de
mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena
se rompe**

Carolina Amaya Sandoval

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2021**

Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe

Carolina Amaya Sandoval

Trabajo Final de Maestría presentado como requisito para optar al título de:

Magíster en Derecho
Profundización en Derecho Penal

Director:

Ph.D. Omar Huertas Díaz
Director de la Red de Política Criminal Sistémica "Extrema Ratio" UN

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2021

*A todas las madres víctimas de ejecuciones extrajudiciales en Colombia.
Su resistencia es vida.*

Agradecimientos

A mis padres y hermanos, por ser siempre mi faro y apoyo incondicional. Gracias por motivarme a diario a cumplir este reto y por tomarme de la mano en los momentos más difíciles. Su amor es mi fuerza.

A Juanjo, el amor de mi vida, por su incondicionalidad, sus consejos y paciencia. Gracias por siempre confiar en mis capacidades y por verme con ojos de admiración y grandeza cuando a veces a mí la vista no me alcanza.

A la familia Ramón Tello, Ramón Cely y Martínez Ramón, por acogerme como una miembro más. Su cariño y apoyo han sido un aliciente para culminar esta etapa.

Al profesor Omar Huertas, por dirigir este trabajo, por formarme desde el pregrado como investigadora y por inculcarme el amor por el Derecho Penal. Gracias, profe, por ser mi maestro.

A mis amigos y compañeros del Área Curricular de Derecho y el equipo de posgrados, por su dedicación y esfuerzo diario para que estudiantes como yo logremos llevar a buen término este proceso. Gracias por hacer esto posible.

A mis amigos de la Maestría, por la compañía constante, por los ánimos, los desayunos atípicos, las risas y los abrazos para afrontar la adversidad, y ante todo, por ser grandiosos seres humanos.

A Lorena Gómez, por su invaluable amistad, por su cariño y compañía aún en medio de la distancia y por su admirable fortaleza como persona y profesional. Gracias, amiga, por siempre estar ahí.

A Mariluz Basante, por estar atenta de mi proceso, por compartirme su experiencia y por los ánimos llenos de empatía y afecto. Gracias, Mary querida, por tu luz.

A todos los profesores que me formaron a lo largo de estos dos años. A Jorge Córdoba y José Luis Barceló, por su esfuerzo y vocación como docentes tanto en presencialidad, como en virtualidad.

A la Fundación Juan Pablo Gutiérrez Cáceres y la Universidad Nacional de Colombia, por creer en el poder de la educación pública. Gracias por brindarme la oportunidad de “ser más para servir mejor”.

A todos, mil gracias.

Resumen

El presente trabajo aborda el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia implementado normativamente mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, y la falta de observancia de dicho tratamiento con los estándares internacionales que contemplan: i) la relación entre el superior militar y sus subordinados a través de una cadena de mando; ii) la omisión del superior militar en la adopción de medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir, castigar y someter la cuestión a autoridad competente; iii) el conocimiento que tenía o debería haber tenido sobre la comisión de dichos crímenes; y iv) el nexo causal entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por sus subordinados.

Sin embargo, el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 se aparta de los estándares internacionales cuando supedita el mando y control efectivo del superior militar a la conducta punible y no a la relación con sus subordinados. Además, exige la concurrencia de requisitos formales para demostrar la existencia de dicho control efectivo.

En esa medida, la *cadena se rompe* cuando el Acuerdo Final de Paz en Colombia respecto a la determinación de responsabilidad de mando por control efectivo, no se adecúa a los estándares internacionales. Lo anterior redundante en el desconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, entendidos como pilares fundamentales en el marco de procesos de justicia transicional, especialmente en aquellos que involucran a la Fuerza Pública por la comisión de graves crímenes contra los derechos humanos.

Finalmente, y en vista de este desconocimiento, desde un análisis de *lege lata* se realiza en este trabajo una propuesta de *lege ferenda* encaminada a una reforma del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, que observe los estándares internacionales en materia de responsabilidad de mando por control efectivo.

Palabras clave: responsabilidad de mando, cadena de mando, control efectivo, Acuerdo Final de Paz, estándares internacionales, justicia transicional, derechos de las víctimas, *lege ferenda*.

Abstract

This paper discusses the treatment of command responsibility for effective control in the Final Peace Agreement in Colombia normatively implemented through Legislative Act 01 of 2017, and the lack of observance of such treatment with international standards that contemplate: (i) the relationship between the military superior and his subordinates through a chain of command; (ii) the omission of the military superior in the adoption of reasonable and necessary measures at his disposal to prevent, repress, punish and submit the matter to competent authority; (iii) the knowledge he had or should have had about the commission of such crimes; and (iv) the causal link between the omission of the superior and the crimes committed by his subordinates.

However, transitory article 24 of Legislative Act 01 of 2017 departs from international standards when it subjects the command and effective control of the military superior to the punishable conduct and not to the relationship with his subordinates. In addition, it demands the concurrence of formal requirements to demonstrate the existence of such effective control.

To that extent, the chain is broken when the Final Peace Agreement in Colombia with respect to the determination of command responsibility by effective control does not comply with international standards. This results in the disregard of the rights of the victims to truth, justice, reparation and non-repetition, understood as fundamental pillars in the framework of transitional justice processes, especially in those involving the Public Forces for the commission of serious crimes against human rights.

Finally, and in view of this lack of knowledge, from a *lege lata* analysis, this paper makes a *lege ferenda* proposal aimed at a reform of transitory article 24 of Legislative Act 01 of 2017, which observes international standards in terms of command responsibility for effective control.

Keywords: command responsibility, chain of command, effective control, Final Peace Agreement, international standards, transitional justice, victims' rights, *lege ferenda*.

Contenido

Introducción.....	15
1. Capítulo primero. Estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo: origen y desarrollo	22
1.1. Origen de la responsabilidad de mando por control efectivo en los estándares internacionales normativos y jurisprudenciales	23
1.2. Concepto.....	35
1.2.1. Obligaciones jurídicas del superior	37
1.2.1.1. Deber de prevenir	37
1.2.1.2. Deber de reprimir y castigar	39
1.2.1.3. Deber de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento	41
1.2.1.4. Deber de adoptar medidas necesarias y razonables.....	41
1.3. Elementos.....	43
1.3.1. Existencia de una relación superior-subordinado	45
1.3.1.1. Ámbito temporal en la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo.....	46
1.3.1.2. El concepto de “mando” y “autoridad” del artículo 28 a) del ER respecto a superiores militares	49
1.3.1.3. Determinación del control efectivo para la aplicación de la figura de la responsabilidad de mando.....	51
1.3.2. Elemento objetivo: la omisión del superior.....	57
1.3.2.1. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir.....	57
1.3.2.2. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para reprimir y castigar	60

1.3.2.3. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para someter el asunto a las autoridades competentes.....	60
1.3.3. Elemento subjetivo: el conocimiento del superior.....	61
1.3.3.1. Estándares “si sabía”, “hubiere sabido” y “hubiere tenido conocimiento”.....	63
1.3.3.2. Estándares “hubiere debido saber” y “hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” del artículo 28 literales a) i) y b) i) del ER.....	64
1.3.3.3. Estándar “tenía razones para saber” de los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL.....	69
1.3.4. El nexo causal entre la omisión de los deberes del superior y la comisión de delitos por sus subordinados	71
1.3.4.1. Ausencia de un nexo causal respecto a la omisión del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes.....	71
1.3.4.2. Exigencia de un nexo causal respecto a la omisión del deber de prevenir.....	73
1.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo.....	75
1.4.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo en los artículos los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL.....	75
1.4.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo en el artículo 28 del ER.....	78
2. Capítulo segundo. La responsabilidad de mando por control efectivo en el Derecho Interno: aplicación y límites.....	82
2.1. Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo desde la teoría de la comisión por omisión u omisión impropia por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia	83
2.2. Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo como figura autónoma por la Jurisdicción de Justicia y Paz y aplicación desde la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por la Corte Suprema de Justicia.....	88

2.3. Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en las reglas operacionales de la Fuerza Pública Colombiana.....	93
3. Capítulo tercero. Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia (artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017)	99
3.1. Antecedentes del tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo.....	100
3.2. Fuentes de la responsabilidad de mando por control efectivo del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017	102
3.3. Análisis de la exigencia de las condiciones concurrentes del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 frente a los estándares internacionales.....	105
3.3.1. Existencia de una relación superior-subordinado	105
3.3.1.1. Exigencia con respecto al área de responsabilidad asignada	106
3.3.1.2. Exigencia con respecto a la capacidad legal y material de emitir ordenes, modificarlas o hacerlas cumplir	107
3.3.1.3. Exigencia con respecto a la capacidad de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área geográfica	108
3.3.1.4. Exigencia con respecto a la capacidad de tomar medidas.....	109
3.3.2. Elemento objetivo: la omisión del superior.....	112
3.3.3. Elemento subjetivo: el conocimiento del superior.....	113
3.3.4. Ausencia de nexo causal entre la omisión de los deberes del superior y la comisión de crímenes por sus subordinados	115
3.4. Responsabilidad de mando por control efectivo en casos de ejecuciones extrajudiciales en el marco de la justicia transicional en Colombia.....	117
3.5. Responsabilidad de mando de superiores civiles y ausencia de referencia en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017	120
4. Capítulo cuarto. Análisis de <i>lege lata</i> y propuesta de <i>lege ferenda</i>	122

4.1. Análisis de la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional respecto del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017	123
4.2. Improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad.....	125
4.3. Límites en la interpretación sistemática y el Bloque de Constitucionalidad.....	126
4.4. Propuesta de <i>lege ferenda</i>	127
Conclusiones.....	130
Bibliografía.....	136

Lista de Tablas

Tabla 1. Referencias normativas sobre la responsabilidad de mando por control efectivo.....	29
Tabla 2. Cuadro comparativo sobre los deberes del superior en la jurisprudencia internacional	42
Tabla 3. Estándares sobre el conocimiento del superior militar y no militar	62
Tabla 4. Criterios para determinar responsabilidad penal bajo el estándar de imprudencia “hubiere debido saber”	66
Tabla 5. Interpretaciones del artículo 30 del ER sobre el elemento subjetivo general.....	79
Tabla 6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo de acuerdo con los deberes del superior	81
Tabla 7. Comparativo entre la jurisprudencia nacional y los estándares internacionales sobre la determinación de responsabilidad penal del superior militar.....	86
Tabla 8. Comparativo entre el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y los estándares internacionales en torno a la relación superior subordinados y la exigencia de condiciones concurrentes	110
Tabla 9. Comparativo entre el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y los estándares internacionales en torno al elemento objetivo, el elemento subjetivo y el nexo causal.....	116
Tabla 10. Propuesta de <i>lege ferenda</i>	127

Abreviaturas

Acuerdo Final de Paz en Colombia	Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera
AL	Acto Legislativo
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Corte Constitucional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Constitución Política
CPC	Código Penal Colombiano
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETESL	Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
FFAA	Fuerzas Armadas
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
JJP	Jurisdicción de Justicia y Paz
MFE	Manuales Fundamentales del Ejército
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares

SPI	Sala de Primera Instancia
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Introducción

Tras casi sesenta años de conflicto armado interno en Colombia, 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 (Acuerdo Final de Paz en Colombia) suscrito entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). El Acuerdo está compuesto por seis puntos: 1) reforma rural integral; 2) participación política; 3) Fin del conflicto; 4) solución al problema de las drogas ilícitas; 5) víctimas del conflicto armado y 6) implementación, verificación y refrendación.

Mediante el punto cinco se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que tiene como objetivo principal el reconocimiento y satisfacción de los derechos de las víctimas. Con el fin de dar alcance a este objetivo, el sistema diseñó mecanismos judiciales y extrajudiciales en el marco de la justicia transicional a través de instituciones como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Esta es el organismo jurisdiccional encargado de conocer y decidir sobre conductas que constituyeron infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y sobre conductas que hayan sido en relación con el conflicto armado.

Cabe mencionar que el Acuerdo Final de Paz contempla un trato diferencial y equitativo para miembros de la Fuerza Pública con el fin de distinguir sus acciones de las de la guerrilla FARC-EP. En esa medida, el 4 de abril de 2017 se implementó normativamente el Acuerdo Final de Paz en Colombia a través del Acto Legislativo 01 de 2017¹, mediante el cual se creó una serie de disposiciones transitorias para ser incorporados a la Constitución Política y se establecieron las normas aplicables a miembros de la Fuerza Pública. Entre tales normas, se contempló a través del artículo transitorio 24 la responsabilidad de mando por control efectivo² siendo esta una doctrina cuyos orígenes se asientan en el Derecho Penal Internacional (DPI) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

¹ Acto Legislativo 01 del 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 se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017.

² El término “responsabilidad de mando” se adoptó comúnmente en el campo de la doctrina militar, por lo que el término “responsabilidad del superior” abarca de manera más extensiva aquellos contextos de carácter no militar o civil. Sin embargo, tomando en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2017 hace referencia a la “responsabilidad de mando por control efectivo”, este será el término adoptado en la presente investigación y a efectos de analizar este tipo responsabilidad penal para superiores militares o superiores de la Fuerza Pública Colombiana.

Así, la responsabilidad de mando por control efectivo, entendida como una figura autónoma que se refiere a la responsabilidad del superior, implica que “puede hacerse penalmente responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de Derecho Internacional cometidos por los subordinados. De los delitos de los subordinados responderá el superior cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios” (Werle, 2005, p. 225). Con esta figura es posible determinar en qué eventos un superior militar debe responder penalmente por graves crímenes ejecutados por sus subordinados, de manera que su esencia reside en que, “incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables” (Uprimny y Guiza, 2017, p. 14).

Además, para dar fundamento a la responsabilidad de mando por control efectivo se requiere del cumplimiento de los siguientes elementos:

“(a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) la omisión por el superior de su obligación jurídica de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir o someter a la autoridad competente los crímenes internacionales de sus subordinados (elemento objetivo); y (c) el conocimiento que el superior tenía o debiera haber tenido de dichos crímenes internacionales (elemento subjetivo)” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 455).

Igualmente, se incluye como elemento el nexo causal entre la omisión del superior y los crímenes de sus subordinados establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma³ (Olasolo y Canosa, 2018, p. 455).

Sin embargo, la definición dada por el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 se aparta de los estándares internacionales cuando supedita el mando y control efectivo del superior militar a la conducta punible y no a la relación con sus subordinados, lo que se ve reflejado al exigir la concurrencia de los siguientes requisitos formales:

1. “Exigencia de que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada y tenga relación con actividades bajo el mando del superior.
2. Exigencia de que el superior tenga capacidad legal y material de emitir ordenes, modificarlas o hacerlas cumplir.

³ El artículo 28 del Estatuto de Roma es claro en señalar que, en lo referente a la relación entre el superior y el subordinado, se determina la responsabilidad del superior basado en su autoridad y control efectivo por no haber ejercido un control adecuado sobre la conducta de sus subordinados.

3. Exigencia de que el superior tenga capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente.
4. Exigencia de que el superior tenga 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" (Acto Legislativo 01 de 2017, pp.18-19).

En virtud de lo anterior, este trabajo responde a una necesidad de abordar el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia implementado normativamente mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, y evidenciar su falta de observancia con los estándares internacionales.

En tal sentido, la presente investigación se desarrolló mediante una metodología dogmático-jurídica y hermenéutica, a través de revisión doctrinal, análisis de normativa y jurisprudencia nacional e internacional. Así, el primer capítulo se ocupa de la exposición de los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo mediante el análisis de su origen, concepto y elementos constitutivos. Al respecto, se parte de un estudio cronológico sobre la aplicación de la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Derecho Internacional, hasta su definición como estándar en la normativa y jurisprudencia internacional.

Así pues, en 1946 la Comisión Militar de Estados Unidos definió y aplicó la responsabilidad de mando por control efectivo en el emblemático caso contra el general japonés Tamoyuki Yamashita. En dicha oportunidad fue entendida como la omisión en el cumplimiento de obligaciones propias de su cargo en el control de las acciones de sus subordinados, permitiendo así la comisión de crímenes por parte de estos. Posteriormente mediante el artículo 86, numeral 2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra se estableció que el superior no está exento de responsabilidad penal si sabía o tenía información a su disposición con el fin de saber si sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer infracciones al DIH, y si omitió todas las medidas para prevenir o sancionar esas infracciones.

Sin embargo, es mediante los estatutos de Tribunales Internacionales *ad hoc* donde se define expresamente la responsabilidad de mando por control efectivo, así como con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde su artículo 28 da una definición que recoge todos los elementos de la responsabilidad de mando por control efectivo (Olasolo y Canosa, 2018, pp. 449-451).

El segundo capítulo expone y analiza los límites en la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Derecho Interno a partir de las siguientes teorías y jurisdicciones:

1. **Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo desde la teoría de la comisión por omisión.** Según la Corte Constitucional, los superiores se encuentran en una posición de garante por una de dos posibilidades:

“(…) o bien porque en el desarrollo de actividades peligrosas han creado riesgos que en principio son permitidos pero de los cuales se derivan deberes de seguridad en el tráfico y, cuando estos fallan, deberes de salvamento (competencia por organización)⁸⁸, o bien porque al pertenecer a una institución básica para la estructura social tienen el deber de “configurar un mundo en común con alguien” y esto supone protegerlo contra los peligros que lo amenacen, independientemente de dónde provengan estos peligros (competencia institucional)” (Cote-Barco, 2016, p. 78).

2. **Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo en la Jurisdicción de Justicia y Paz.** En el caso contra el exjefe paramilitar, Jose Gregorio Mangones Lugo, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá aplicó los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo acudiendo al Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra al establecer la relación entre el superior y el subordinado, la omisión en el cumplimiento de los deberes de prevención, sanción y reprensión, y el conocimiento del mismo “sobre la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. En esa medida, la Sala confirmó los cargos al procesado bajo la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo” (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Rad. 1215-1233, 05 de diciembre de 2011, párr. 392-393).
3. **Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo desde la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.** Pese a la postura Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso contra los exjefes paramilitares Jose Gregorio Mangones Lugo y Omar Enrique Martínez Ossias consideró que el superior es responsable cuando tiene dominio del hecho, es decir, cuando ejerce control sobre la voluntad de los subordinados (los cuales son fungibles) para la comisión de delitos, además de considerar que esta

articulación se ejerce de manera jerárquica a través de una cadena de mando (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 38250, 2012, p. 21).

- 4. Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en las reglas operacionales de la Fuerza Pública Colombiana.** El Ejército Nacional de Colombia considera que para definir la responsabilidad de mando por control efectivo se requiere el nombramiento formal o *de iure* del superior militar, además de delimitar la posición de garante meramente al ámbito de la competencia territorial del superior (Olasolo y Canosa, 2018, pp. 482-483).

Como se observará a lo largo del capítulo predominan las limitantes en la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo a nivel de Derecho Interno, lo cual redundaría en la inobservancia de los estándares internacionales mediante la aplicación de teorías que no dan cuenta de su naturaleza autónoma y exigen, entre otras cosas, que el control efectivo del superior hacia sus subordinados esté determinado sobre la conducta punible de los mismos, y no sobre la relación superior-subordinado.

Bajo ese entendido, el tercer capítulo pretende validar la tesis de esta investigación, es decir, que el Acuerdo Final de Paz en Colombia implementado normativamente mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, no observa los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo. Así pues, el capítulo aborda el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia y el Acto Legislativo 01 de 2017, y en el cual persisten los límites en su entendimiento y aplicación.

Como fundamento de lo anterior, el capítulo se compone de cinco partes: en primera medida se exponen los antecedentes del Acuerdo Final de Paz y el Acto Legislativo 01 de 2017 en torno al tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo. En segundo lugar, se referencian las fuentes de la responsabilidad de mando por control efectivo contenidas en el AL 01 de 2017, para en tercer lugar analizar las condiciones concurrentes descritas en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 frente a los estándares internacionales, con el fin de determinar las razones por las cuales estas exigencias no se comparecen con dichos estándares.

En la cuarta parte de este capítulo se menciona la necesidad de aplicar la responsabilidad de mando por control efectivo a casos de ejecuciones extrajudiciales en el marco de la justicia transicional en Colombia. Ello bajo el entendido de que son numerosos los casos en los que se vieron involucrados superiores militares de la Fuerza Pública Colombiana en la comisión de este crimen y en el contexto del

conflicto armado interno. Al respecto, Human Rights Watch (2015) en el informe “El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles” señaló que de un análisis impulsado por la Fiscalía General de la Nación:

“(…) más de 180 batallones y otras unidades tácticas, adscritos a 41 brigadas, que operaban bajo el mando de las siete divisiones que tenía entonces el Ejército, y que presuntamente cometieron ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2008. En estos casos, los patrones sugieren de manera convincente que comandantes de unidades tácticas y brigadas responsables de una cantidad significativa de falsos positivos, al menos sabían o deberían haber sabido sobre las ejecuciones, y por lo tanto podrían ser penalmente imputables debido a su responsabilidad de mando” (p. 2).

Es importante resaltar que el 9 de julio de 2017, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) realizó una solicitud al gobierno colombiano con el fin de que investigue y sancione a 29 generales y coroneles del Ejército Nacional por presuntos casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por sus subordinados (Olasolo y Canosa, 2018, p. 448). En ese sentido, la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo bajo los criterios de los estándares internacionales se ajusta en mejor medida a la judicialización de casos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia, lo cual garantiza la plena materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Finalmente, en la quinta parte de este capítulo se expone la falta de referencia sobre la responsabilidad de superiores no militares o civiles en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, siendo ésta una figura contemplada por los estándares internacionales y poco aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano, que se limita a la definición de responsabilidad de superiores militares.

Como colofón, en el capítulo cuarto de este trabajo, se realiza un análisis de *lege lata* a fin de realizar una propuesta de *lege ferenda*. Con este propósito, el capítulo analiza en primera medida la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional, específicamente en torno al estudio de exequibilidad del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 y con el objetivo de identificar las falencias en la interpretación que hace el tribunal constitucional de dicho artículo.

En segundo lugar, y tomando en cuenta que la sentencia C-674 de 2017 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, en principio ello no impide que los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ejerzan un control a través de la excepción de inconstitucionalidad en torno a la interpretación del artículo transitorio 24. Sin embargo, en este capítulo se pretende identificar la improcedencia

de la excepción de inconstitucionalidad considerando que esta figura opera en caso de contradicción entre una norma de naturaleza legal y otra de naturaleza constitucional. Teniendo de presente que el Acto Legislativo 01 de 2017 es una norma de rango constitucional y que las normas del DIDH y el DIH “que integran el Bloque de Constitucionalidad ostentan la misma jerarquía constitucional, no es posible hacer un estudio comparativo por vía de excepción” (García, 2019, p. 55).

Por otro lado, los operadores jurídicos bien podrían realizar una interpretación sistemática considerando a los estándares internacionales que integran el Bloque de Constitucionalidad, como parámetros de adecuación del artículo transitorio 24 y sobre la base del *principio pro personae*. Sin embargo, esta solución puede resultar contradictoria con el principio de legalidad y la seguridad jurídica al tratarse de una interpretación teleológica y no taxativa del artículo transitorio 24. Pero, pese a esta limitante, vale aclarar que la interpretación sistemática sigue siendo una solución plausible si se acepta que, cuando se trata de la reconstrucción del tejido social y de la plena garantía de los derechos de las víctimas, el principio de legalidad puede flexibilizarse a fin de concebir un criterio hermenéutico que contemple la aplicación de estándares internacionales sobre la materia (García, 2019, p. 57-59).

Con base en lo anterior, desde este trabajo se pretende dar una solución más contundente que armonice las contradicciones referidas. Se trata de una propuesta de *lege ferenda* mediante la cual se busca responder a la necesidad de reformar el Acto Legislativo 01 de 2017 en lo referente a la responsabilidad de mando por control efectivo y que dé cuenta de los estándares internacionales que desarrollan esta figura.

Con todo, este trabajo se materializa no sólo como un aporte a la academia y a la teoría de la responsabilidad penal, sino también como un aporte al actual contexto de justicia transicional en Colombia que debe propugnar por la garantía plena de los derechos de las víctimas, desde la correcta aplicación de la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo.

1. Capítulo primero. Estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo: origen y desarrollo

Tras el fin de la Primera y Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad de mando por control efectivo en el ámbito de la responsabilidad penal individual se derivó de la necesidad de juzgar crímenes de carácter internacional, y en los que estuvieron involucrados superiores militares. Ello, a través de una estructura jerárquica o una cadena de mando y desde la comisión material de dichos crímenes por parte de sus subordinados.

En esa medida, esta figura se centra en la idea de que el superior responde penalmente por los crímenes de sus subordinados y por no adoptar los deberes de control que le son propios (Werle, 2005, p. 225). Con esta teoría es posible determinar en qué eventos un superior militar debe responder por graves crímenes ejecutados por sus subordinados, de manera que su esencia reside en que, “incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables” (Uprimny y Guiza, 2017, p. 14). Se trata del escenario en el que el superior “no toma todas las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir, castigar o remitir el asunto a las autoridades competentes” (Cote-Barco, 2016, p. 62-63).

Además, para dar fundamento a la responsabilidad de mando por control efectivo se requiere del cumplimiento de los siguientes elementos:

“(a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) la omisión por el superior de su obligación jurídica de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir o someter a la autoridad competente los crímenes internacionales de sus subordinados (elemento objetivo); y (c) el conocimiento que el superior tenía o debiera haber tenido de dichos crímenes internacionales (elemento subjetivo)” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 455).

Igualmente, se incluye como elemento el nexo causal entre la omisión del superior y los crímenes de sus subordinados establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma (Olasolo y Canosa, 2018, p. 455).

Antes de desarrollar cada uno de los elementos enunciados, se procede al estudio cronológico de la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo en ámbito del Derecho Internacional Consuetudinario, así como su origen, el cual se asienta en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario.

1.1. Origen de la responsabilidad de mando por control efectivo en los estándares internacionales normativos y jurisprudenciales

La responsabilidad de mando por control efectivo tiene origen en una primigenia definición adoptada por el artículo 3 de la Convención IV de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, y por el artículo 19 de la Convención X de la Haya de 1907 relativa a la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra sobre Guerra Marítima de 1906, que fue reemplazada por el II Convenio de Ginebra “para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar” de 1949. En dichos instrumentos normativos se establece que la “parte beligerante que viole las disposiciones del tratado será responsable de los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada” (Convención IV de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 1907, artículo 3). Además aclara que los comandantes en jefe proveerán de los detalles sobre su actuar y el de sus subordinados en el marco de las hostilidades.

Con el fin de la Primera Guerra Mundial, se conformó la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones⁴, instaurada en la Conferencia de Paz de 1919, y en la cual se buscó juzgar y sancionar no sólo a los superiores que habían participado directamente dando la orden de cometer crímenes, sino también a quienes tenían conocimiento de la comisión de crímenes por parte de sus subordinados y se abstuvieron de tomar “todas las medidas necesarias para impedir, hacer cesar o sancionar su comisión” (Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 15).

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Leipzig en sentencia del 30 de mayo de 1921 (Pérez-León, 2007, p. 157) aplicó por primera vez la teoría de la responsabilidad de mando en el caso contra el general alemán Emil Müller, quien en calidad de superior militar provocó la muerte de cientos de prisioneros de guerra durante la Primera Guerra Mundial.

⁴ La Comisión se ocupó del examen sobre la responsabilidad de una persona que actúa como jefe de Estado con el fin de determinar su responsabilidad penal individual. Al respecto ver: ILC. A/CN.4/34. *Report of the International Law Commission on its Second Session*, parr. 151 y 154. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf

Bajo esa línea y tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, en 1946 se aplicó igualmente la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo por parte de la Comisión Militar de los Estados Unidos en el marco del juzgamiento contra el general japonés Tamoyuki Yamashita, quien tuvo el mando del Ejército Japonés en las Filipinas el 9 de octubre de 1944. El 4 de febrero de 1954 las tropas de los Estados Unidos llegaron a Manila y durante el ataque, la Fuerza Naval Japonesa torturó y asesinó a miles de civiles (Ambos, 1999, p. 529). En consecuencia, Yamashita fue condenado sobre la base de que la omisión en el cumplimiento de obligaciones propias de su cargo en el control de las acciones de sus subordinados facilitó la comisión de crímenes contra civiles de Estados Unidos y Filipinas (Olasolo y Canosa, 2018, p. 449).

Posteriormente, en el marco de la apelación ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, esta señaló que en las leyes de la guerra se le impone el deber al comandante de adoptar todas las medidas que tenga a su alcance para ejercer control sobre el actuar de sus subordinados y a fin de prevenir la comisión de actos delictivos (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Caso *Yamashita* 327 U.S., 1946, p. 14).

Como señalan Olasolo y Canosa (2018), el caso contra Yamashita es considerado un hito por ser el primer precedente en el que se aplica formalmente la responsabilidad de mando por control efectivo. En esa medida:

“(…) fue a partir del mismo que comenzó a desarrollarse la [responsabilidad del superior] como forma de responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos por los subordinados, la cual sería posteriormente utilizada en 1947 y 1948 por el Tribunal Militar establecido en la zona de ocupación norteamericana para condenar a superiores jerárquicos civiles y militares del régimen nacional socialista alemán en los casos del Alto Mando, los Rehenes y el Personal Médico” (p. 450).

En efecto, en el marco de la judicialización de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial y bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado se definió por vía jurisprudencial la responsabilidad de mando por control efectivo como una forma de responsabilidad penal individual. Así pues, a pesar de que en el Acuerdo de Londres de 1945, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente no se hizo una referencia expresa de este tipo de responsabilidad, el Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio condenaron a

varios superiores militares bajo esta figura (Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 15).

Valga aclarar que dentro del ámbito de competencia del Tribunal de Nuremberg, el Principio I de Nuremberg de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas hace referencia a la definición de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de carácter internacional; principio que se reproduce en el primer párrafo del artículo 6 del Estatuto del Tribunal, en el sentido de definir su competencia para juzgar y sancionar a individuos por conductas que contravengan el Derecho Internacional. Quiere decir que la competencia material del Tribunal de Nuremberg para aplicar la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo se basó esencialmente en la determinación de la responsabilidad penal individual.⁵ Igualmente, se justificó su facultad jurisdiccional a partir del “principio de prevalencia del Derecho Internacional, el principio de exclusión de inmunidades y la necesidad de tipificación de crímenes internacionales” (Huertas y Amaya, 2016b, p. 9).

Muestra de lo anterior fue el juzgamiento en contra del comandante alemán Wilhelm Von Leeb, conocido como el caso del *Alto Mando*, en el cual un tribunal militar estadounidense en Nuremberg lo condenó por considerar que aun cuando los subordinados ejecutan crímenes “a partir de ordenes impartidas desde lo alto de la cadena de mando e incluso pasando por encima del superior militar, este sigue manteniendo la obligación de tomar todas las medidas para prevenir o sancionar dicha conducta” (United States Military Tribunal, Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others, 1948, pp. 74-75).

En esa medida, el tribunal estableció que el superior tenía la posibilidad de adoptar las siguientes posibilidades: 1) podía emitir una orden que contrarreste la orden criminal; 2) podía renunciar al cargo y 3) podía sabotear el cumplimiento de la orden criminal. Quiere decir que si el superior omite sus deberes jurídicos mientras sus subordinados cometen crímenes y tiene conocimiento de ello, viola una obligación moral impuesta por el Derecho Internacional, de manera que su omisión no lo exime

⁵ Tomando en cuenta la importancia que denota el respeto por los valores definitorios en el Derecho Internacional tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente en lo que se refiere al respeto y garantía de los derechos humanos, los Principios de Nuremberg prevén consecuencias penales cuando se trasgreden dichos valores por parte de un individuo. Al respecto ver: OACNUDH. *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*. Disponible en: <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Humanitario/Nuremberg2.pdf>

de responsabilidad internacional⁶ (United States Military Tribunal, Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others, 1948, pp. 74-75).

Como fundamento de lo anterior, el tribunal aseveró que, tomando en cuenta que las conductas delictivas juzgadas iban en contravía de las costumbres de la guerra y los estándares aceptados por la humanidad, cualquier oficial con mando y control efectivo tiene el deber de comprender la naturaleza criminal de los actos de sus subordinados. En ese sentido, su participación, sea tácita o no, implica el consentimiento silencioso sobre el actuar de sus subordinados y, en consecuencia, un acto delictivo de su parte⁷ (United States Military Tribunal [Tribunal V] in the matter of the United States of America, vs. Wilhelm von Leeb et al., 1948, p. 512).

En el caso contra el mariscal de campo alemán Wilhelm List, o más conocido como el caso de *Los Rehenes*, un tribunal militar estadounidense en Nuremberg lo condenó por graves infracciones a las “Leyes de la Guerra durante la Campaña de los Balcanes” considerando que el superior militar no puede alegar ignorancia sobre la ejecución de crímenes por los subordinados; de manera que se impone como requisito de *mens rea* para la definición de responsabilidad, que el superior debía conocer del carácter criminal de una orden ejecutada por sus subordinados⁸ (United States of America against Wilhelm List et al., 1948, pp. 1256 y 1271). Así, “el superior es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados si conocía o debía saber que los mismos se iban a cometer, se estaban cometiendo o ya se habían ejecutado y el superior no cumplió con su deber de prevención o de adopción de “medidas de represión””⁹ (Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council, 1950, p. 1303).

Bajo esa misma línea, en el caso contra Karl Brandt y otros, más conocido como el caso del *Personal Médico* o *Juicio de los doctores*, un tribunal militar estadounidense en Nuremberg condenó a dieciséis médicos por crímenes contra la humanidad al haber realizado experimentos médicos, torturas y asesinatos masivos. En dicha oportunidad y en el marco del juzgamiento a Karl Brandt, el tribunal militar impuso un estándar en torno al deber de los superiores en la prevención de crímenes. En esa medida, el tribunal encontró que Brandt en calidad de médico y teniente general de la SS tenía el deber de prevenir e investigar los experimentos ejecutados por sus

⁶ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/a5f026/pdf>

⁷ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c340d7/pdf>

⁸ Traducción propia. Documento original disponible en: http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf

⁹ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-XI.pdf

subordinados y de los cuales tenía pleno conocimiento¹⁰. Por ello fue condenado bajo la teoría de la responsabilidad de mando por control efectivo (Boas, Bischoff y Reid, 2007, p. 171).

Por su parte, en sentencia del 12 de noviembre de 1948 contra el ministro de Guerra Hideki Tojo y el ministro de Asuntos Exteriores Koki Hirota, el Tribunal de Tokio los encontró penalmente responsables “por haber participado como líderes y organizadores en la ejecución de un plan común para asesinar a civiles y miembros de las fuerzas armadas de los Estados Unidos, Filipinas, el Commonwealth Británico, los Países Bajos y Tailandia, así como por el hecho de permitir que las fuerzas armadas japonesas atacaran el territorio” (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, 2020, p. 137).

Valga aclarar que el Tribunal de Tokio consideró el hecho de que los acusados no tuvieron una interacción directa con los subordinados que ejecutaron los crímenes por los que se les condenó. En consecuencia, el Tribunal concluyó que:

“(…) ambos altos funcionarios habían recibido abundante información sobre esos crímenes, razón por la cual no podían ignorarlos. Por lo tanto, con base en su conocimiento incuestionable de los crímenes y en razón de las posiciones de autoridad que ocupaban, el Tribunal de Tokio concluyó que los dos acusados eran penalmente responsables por su omisión de actuar para impedir o hacer cesar los crímenes o castigar a sus autores” (Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 16).

Posteriormente, y en virtud del marco normativo del Derecho Internacional Humanitario, se codifica en 1977 la responsabilidad de mando por control efectivo mediante el artículo 86, numeral 2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. En dicho precepto normativo se establece de manera taxativa que:

“el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no

¹⁰ Traducción propia. Documento original disponible en: https://books.google.com.co/books?id=9DMkmU5TUAgC&printsec=frontcover&dq=International+criminal+law+practitioner+library:+Forms+of+responsibility+in+International+Criminal+Law&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjAt9yP0vvrAhVlpVkkHd_xDeoQ6AEwAHoECAQQAg#v=onepage&q=International%20criminal%20law%20practitioner%20library%3A%20Forms%20of%20responsibility%20in%20International%20Criminal%20Law&f=false

tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción” (Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, 1949, artículo 86).

El Comité Internacional de la Cruz Roja en los comentarios realizados a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra¹¹ estableció que el artículo 86 del Protocolo I debe leerse en armonía con el párrafo 1 del artículo 87¹² respecto a los deberes de los superiores. Además señala que deben cumplirse las siguientes condiciones para establecer si un superior es responsable de una omisión, sobre un delito cometido o a punto de ser cometido por un subordinado:

1. “El superior en cuestión debe ser el superior del subordinado. Es decir que nos encontramos ante la primera mención, en sentido estricto, de la relación superior-subordinado.
2. El superior sabía, o tenía información que debería haberle permitido concluir que se estaba cometiendo o se iba a cometer una infracción.
3. El superior no tomó las medidas que estaban a su alcance para evitarlo. Sobre el particular, señala el Comité que la cláusula requiere una acción tanto preventiva como represiva. Sin embargo, se restringe razonablemente la obligación de los superiores de tomar medidas "factibles", ya que no siempre es posible prevenir una infracción o castigar a los autores. Además, es una cuestión de sentido común que las medidas en cuestión se describan como las que están "a su alcance" y sólo las que están” (Gasser et al., 1987, párr. 3541-3548).

Con todo, la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo no sólo ha tenido justificación mediante el desarrollo jurisprudencial tras la finalización de la Primera y Segunda Guerra Mundial, sino que ha sido recogida como principio y estándar en el marco de codificaciones normativas a nivel internacional. En la siguiente tabla se pueden apreciar las referencias explícitas contempladas en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Consuetudinario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo:

¹¹ Al respecto ver: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf

¹² Esta cláusula señala explícitamente que: “Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.”

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Tabla 1. Referencias normativas sobre la responsabilidad de mando por control efectivo

Año	Normativa	Referencia
1907	Convención IV de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y Convención X de la Haya relativa a la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra sobre Guerra Marítima de 1906, reemplazada por el II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 1949.	“ Artículo 3. La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.”
1945	Principios de Nuremberg de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.	“ Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”
1945	Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.	“ Artículo 6. (...) Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.”
1977	Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.	“ Artículo 86, numeral 2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”
1977	Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.	“ Artículo 87, numeral 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.”
1989	Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las	“ Principio 19. Sin perjuicio de lo establecido en el principio 3 supra, no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

	ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.	como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Los funcionarios superiores, oficiales u otros funcionarios públicos podrán ser considerados responsables de los actos cometidos por funcionarios sometidos a su autoridad si tuvieron una posibilidad razonable de evitar dichos actos. En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.”
1990	Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.	“ Principio 24. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.”
1993	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (ETPIY).	“ Artículo 7, numeral 3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”
1994	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR).	“ Artículo 6, numeral 3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”
1996	Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.	“ Artículo 6. Responsabilidad del superior. El hecho de que un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no exime de responsabilidad penal a sus superiores, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal delito y si no

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		adoptaron todas las medidas necesarias que estaban a su alcance para prevenir o reprimir el delito.”
2000	Reglamento No. 2000/15 “sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental.”	“ Artículo 16. Además de los demás motivos de responsabilidad penal previstos en el presente reglamento para los delitos graves mencionados en los artículos 4 a 7 del presente reglamento, el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en dichos artículos 4 a 7 haya sido cometido por un subordinado no exime a su superior de responsabilidad penal si sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o los había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir tales actos o castigar a los autores de los mismos.”
2002	Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (ETESL).	“ Artículo 6, numeral 3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”
2002	Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (ER).	“ Artículo 28. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		<p>b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:</p> <p>i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;</p> <p>ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y</p> <p>iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”</p>
2004	<p>Ley de creación de salas especiales en los Tribunales de Camboya “para el enjuiciamiento de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática” (NS/RKM/1004/006).</p>	<p>“Artículo 29. El hecho de que cualquiera de los actos a los que se refieren los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley fueron cometidos por un subordinado no libera al superior de la responsabilidad penal personal responsabilidad si el superior tenía un mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o lo había hecho y el superior no tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o para castigar a los perpetradores.”</p>
2005	<p>Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.</p>	<p>“Principio 27, literal b. El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito.”</p>
2006	<p>Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.</p>	<p>“Artículo 6.</p> <p>1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos:</p> <p>(...)</p> <p>b) Al superior que:</p>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		<p>i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;</p> <p>ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y</p> <p>iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;</p> <p>c) El inciso b) <i>supra</i> se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar.”</p>
2007	Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales del Comité Internacional de la Cruz Roja.	<p>“Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables.”</p>
2007	Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (ETEL).	<p>“Artículo 3, numeral 2. En cuanto a las relaciones entre superiores y subordinados, un superior será penalmente responsable de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 2 del presente Estatuto que haya sido cometido por subordinados que se encuentren bajo su autoridad y supervisión efectivas y sobre los que no haya ejercido el debido control cuando:</p> <p>a) El superior tuviera conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer tales delitos o hubiera ignorado, en forma deliberada, información que pusiera claramente de relieve esas circunstancias;</p> <p>b) Los delitos estuvieran relacionados con actividades pertenecientes al ámbito efectivo de responsabilidad y control del superior; y c) El superior no hubiera tomado todas las medidas razonables que fuesen</p>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		necesarias y entraran dentro de sus atribuciones para prevenir o suprimir su comisión o para someter la cuestión a las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento.”
--	--	---

Como se observa, son amplias las referencias a la teoría de la responsabilidad de mando por control efectivo en el ámbito del Derecho Internacional, donde desde su primera enunciación, hasta lo que se conoce y aplica en la actualidad, el concepto fue desarrollándose de manera más elaborada hasta su consolidación como estándar en la normativa y jurisprudencia internacionales.

Valga aclarar que a pesar de que de que existen otros tratados e instrumentos normativos internacionales en los que no se hace referencia expresa a esta forma de responsabilidad, una opinión mayoritaria de la doctrina ha aceptado que este estándar se encuentra implícitamente contenido tanto por la naturaleza de los tratados, como por el carácter de norma consuetudinaria de la responsabilidad de mando por control efectivo. Por ejemplo, la Comisión Independiente de Expertos conformada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para investigar la comisión del delito de genocidio en Ruanda afirmó que la responsabilidad del superior se encontraba tácitamente incorporada en el artículo 4 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, respecto a la calidad de quien ejecuta el delito (Comisión Colombiana de Juristas, 2012, pp. 22-23).

En igual sentido, respecto a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de las Naciones Unidas de 1968, se ha considerado que la responsabilidad de mando por control efectivo “está incorporada mediante la adjudicación de responsabilidad por la “tolerancia” de representantes del Estado en la comisión de crímenes internacionales” (Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 24). Y respecto a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha establecido que los superiores jerárquicos no pueden eludir su responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos por sus subordinados, si sabían o debían haber tenido conocimiento de que esas conductas estaban siendo cometidas, o iban a cometerse, y no cumplieron con los deberes que le son exigibles como la adopción de medidas razonables y necesarias para impedirlo.¹³

¹³ Traducción propia. Al respecto ver: CAT/C/GC/2. Comité contra la Tortura. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. *Observación General No. 2.*, párr. 26. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>

Finalmente, y en torno al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a pesar de que no hay referencia expresa sobre la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado la importancia de las normas del DIH, donde “entre las obligaciones impuestas por la CADH a los Estados partes se encuentra el deber de investigar la [responsabilidad del superior] en relación con las graves violaciones de la CADH cometidas en el contexto de un conflicto armado” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 452). En esa medida, es posible que se le endilgue al Estado la obligación de investigar e imputar responsabilidad de mando por control efectivo a individuos, con respecto a infracciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el contexto de un conflicto armado. Ello con el fin de:

“(…) concretar los contextos generales a partir de los cuales se van a imputar las conductas. Por ejemplo, el contexto general de un conflicto armado interno: a pesar de que en él se producen todas suerte de crímenes, dicho contexto sirve muy bien para delimitar los ámbitos de imputación de las conductas, de tal manera que la mayoría serán crímenes de guerra y se conectarán con delitos de lesa humanidad (…)” (Aponte, 2011, p. 159).

Con todo, se procede a enunciar el desarrollo del concepto de la responsabilidad de mando por control efectivo, así como la enunciación de las obligaciones jurídicas del superior militar y su fundamento a partir de la jurisprudencia y normativa internacionales.

1.2. Concepto

El concepto de la responsabilidad de mando por control efectivo tiene su fundamento en la responsabilidad penal por omisión cuando el superior tiene una obligación de hacer o actuar (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 405).

Al respecto, Kai Ambos (2005) señala que el superior omite, en virtud de un delito de omisión propia,

“(…) la realización de determinadas acciones debidas, con la consecuencia de que no impide el resultado del crimen causado por el o los subordinados o por lo menos no lo sanciona. Este resultado delictivo le es imputado, porque él tenía conocimiento de los crímenes base o los desconocía por negligencia,

y porque no ha tomado ninguna contramedida, teniendo posibilidad de hacerlo” (p. 333).

En esa medida, el TPIY ha establecido que la responsabilidad de mando por control efectivo se basa en una obligación jurídica del superior de ejercer control sobre sus subordinados, para evitar que estos cometan infracciones y “asegurando el uso racional de los medios de combate y manteniendo la disciplina” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, párr. 22-23; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, Prosecutor v. Halilovic, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 85).

Además, para el TPIY es necesario diferenciar entre el concepto del mando responsable y la responsabilidad de mando. Así, el mando responsable se refiere a los deberes comprendidos en la idea de mando, mientras que la responsabilidad de mando se refiere a la responsabilidad derivada del incumplimiento de esos deberes. Valga aclarar que “los elementos de la responsabilidad del mando se derivan de los elementos del mando responsable” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, párr. 66-67).

En este punto hay que resaltar que la construcción del concepto de la responsabilidad de mando por control efectivo establecido por la CPI difiere de la definición dada por el TPIY, el TPIR y el TESL, en relación con la clasificación que estos tribunales realizan de las obligaciones del superior impuestas por el DPI y el DIH. Bajo ese entendido, las omisiones del superior consisten en la falta de adopción de medidas necesarias y razonables que este tenga a su disposición encaminadas a:

“(…) cumplir con sus deberes de evitar, prevenir y someter a las autoridades competentes los delitos cometidos por sus subordinados. Al respecto, los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL hacen referencia a los deberes del superior de evitar y castigar, mientras que el artículo 28 ER menciona expresamente los deberes de evitar, reprimir y someter la cuestión a las autoridades competentes” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 453).

Con todo, el superior de cualquier nivel ya sea en calidad de comandante o soldado al mando, tiene la obligación jurídica de (i) evitar que sus subordinados cometan delitos, (ii) reprimirlo, poniendo fin a los delitos que se estén cometiendo y castigando a los subordinados que los llevaron a cabo; y (iii) someter el asunto a las

autoridades competentes cuando no tienen la capacidad para castigar directamente a los subordinados que cometieron los delitos (Olasolo, 2013, 768).

Cabe aclarar que la responsabilidad de mando por control efectivo se atribuye no sólo al superior directo o inmediato de los subordinados que cometen los delitos, sino también puede endilgarse a varios superiores de acuerdo con la cadena de mando, hasta llegar al más alto rango. Además, en este concepto se abarca a los superiores que tienen autoridad y control sobre las fuerzas armadas gubernamentales legales, así como las fuerzas armadas irregulares que tienen una estructura jerárquica o una cadena de mando (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 410).

1.2.1. Obligaciones jurídicas del superior

Las obligaciones de los superiores son distintas y diversas. El TPIY ha establecido que el deber que prevenir o evitar “surge desde el momento en que este adquiere conocimiento o tiene motivos razonables para sospechar que se está cometiendo o se va a cometer un delito” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II, Sentencia de primera instancia, *Prosecutor v. Strugar*, Case IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, párr. 373). Y el deber de castigar o reprimir surge para el superior después de la comisión del delito en cuestión. Quiere decir que si un superior tiene conocimiento o tiene motivos para saber que se está cometiendo o está a punto de cometerse un delito, tiene el deber jurídico de prevenirlo o evitar que se consuma y no tiene derecho a esperar y castigarlo después (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II, Sentencia de primera instancia, *Prosecutor v. Strugar*, Case IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, párr. 373).

1.2.1.1. Deber de prevenir

Para el TPIY el deber de prevenir se origina cuando el superior sabía a o debería haber sabido que los subordinados bajo su control y mando efectivo estaban cometiendo o a punto de cometer los delitos. Al respecto, señaló el tribunal en el caso *Prosecutor v. Delic*, lo siguiente:

“El párrafo 3 del artículo 7 contiene dos obligaciones jurídicas distintas y separadas: i) prevenir la comisión del delito, y ii) castigar a los autores de este. El deber de prevenir surge cuando el superior adquiere un conocimiento real

o constructivo de que un delito está a punto de ser o se está cometiendo”¹⁴ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio I, Judgement, Prosecutor v. Delic, Case IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, párr. 69).

Quiere ello decir que el deber de prevenir o evitar la comisión de delitos surge en cualquier etapa anterior a la ejecución de estos y antes de que hayan sido cometidos por los subordinados. Igualmente, el estándar sobre el deber de prevenir planteado por el TPIY se ve más ampliamente desarrollado en el caso *Prosecutor v. Blaskic*, en el sentido de entenderlo como un deber que, al ser incumplido, es imposible subsanarlo o compensarlo con el cumplimiento de otro deber.

En ese sentido el tribunal expresa que:

“(…) la Sala de Primera Instancia subraya que la obligación de "prevenir o castigar" no ofrece al acusado dos opciones o alternativas igualmente satisfactorias. Obviamente, cuando el acusado sabía o tenía motivos para saber que los subordinados estaban a punto de cometer delitos y no los prevenía, no puede compensar esa falta de acción castigando a los subordinados posteriormente”¹⁵ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 336).

Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI hace una interpretación sistemática del artículo 28 del ER, en el sentido de indicar que este precepto normativo no establece expresamente las medidas específicas que se requieren para hacer efectivo el deber de prevenir. En ese sentido, en la decisión del caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (“caso Bemba”) se subsana este vacío normativo aclarando que es apropiada la adopción de las siguientes medidas por parte del superior:

“i) asegurar que las fuerzas del superior estén debidamente capacitadas en torno al derecho internacional humanitario; ii) obtener informes de que las acciones militares se llevaron a cabo de conformidad con el derecho internacional; iii) dictar órdenes para que las prácticas pertinentes se ajusten a las normas de la guerra y iv) adoptar medidas disciplinarias para impedir que las tropas bajo el mando del superior cometan atrocidades” (Corte Penal Internacional, Sala de

¹⁴ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/delic/tjug/en/080915.pdf>

¹⁵ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>

Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 438).

1.2.1.2. Deber de reprimir y castigar

Respecto al deber reprimir, su definición varía entre la jurisprudencia de la CPI y la de los TPIY y TPIR, de manera que, según estos últimos, el deber de reprimir se refiere a la obligación del superior de poner fin a la comisión de un delito y de evitar la comisión de nuevos delitos a futuro. En consecuencia, para el TPIR, en consonancia con la jurisprudencia del TPIY, el deber de reprimir forma parte del deber de prevenir. Al respecto, en el caso *The Prosecutor v. Kajelijeli* se estableció que:

“De las pruebas presentadas en la presente sección y de estas conclusiones relativas a la participación del acusado en las matanzas que se produjeron en las comunas de Mukingo, Nkuli y Kigombe en abril de 1994, se desprende que el acusado sabía que Interahamwe de las comunas de Mukingo y Nkuli - quienes estaban bajo su control efectivo en ese momento- estaba participando en esas matanzas. La Sala considera que el acusado no tomó ninguna medida para prevenir o detener esos actos”¹⁶ (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio II, Sentencia de primera instancia, *The Prosecutor v. Kajelijeli*, Case ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003, párr. 740).

Sin embargo, para la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, el deber de reprimir¹⁷ es mucho más amplio con respecto al artículo 28 del ER. En esa medida, establece que el deber de reprimir incluye dos deberes separados que surgen de dos etapas distintas en la comisión del delito. En primer lugar, el deber de reprimir contiene “el deber de impedir que se sigan cometiendo delitos en curso. Ello entendido como la obligación de interrumpir un posible efecto en cadena que puede desencadenar en hechos delictivos o acontecimientos similares” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 439; Klamberg, 2017, p. 279).

¹⁶ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict98-44a/trial-judgements/en/031201.pdf>

¹⁷ En este caso, el deber de reprimir equivale al deber de “suprimir” delitos; deber que se encuentra contenido en el artículo 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

En segundo lugar, el deber de reprimir abarca la obligación de castigar a los subordinados después de la comisión de los delitos. Al respecto, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” toma como referente el estándar planteado por el TPIY en el caso *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, el cual establece que:

“El deber de castigar surge naturalmente después de que se ha cometido un delito. Las personas que asumen el mando después de la comisión tienen el mismo deber de castigar. Este deber incluye al menos la obligación de investigar los delitos para establecer los hechos y denunciarlos a las autoridades competentes, si el superior no tiene la facultad de sancionarse a sí mismo”¹⁸ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, párr. 446).

En adición a lo anterior, la CPI establece que el deber de castigar implica que el superior deba tomar las medidas necesarias y razonables para sancionar la comisión del delito, lo cual puede ser cumplido de dos maneras distintas: ya sea directamente por el propio superior cuando toma las medidas necesarias y razonables para castigar a sus subordinados, o en caso de no tener la capacidad de hacerlo, remitiendo el asunto a las autoridades competentes. En ese sentido, del deber de castigar “se deriva el deber de remitir el asunto a la autoridad competente, en caso de que el superior no pueda o no esté en condiciones de tomar las medidas necesarias y razonables para hacer efectivo el deber de castigar” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 440).

Finalmente, para el TPIY, el superior no tiene que iniciar o llevar a cabo una investigación ni ejecutar el castigo directamente en persona (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, párr. 316), pero debe asegurarse de que se investigue el asunto y remitir un informe a las autoridades competentes con el fin de que se investigue más a fondo el caso y se emita la correspondiente sanción (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II, *Judgement, Prosecutor v. Orić*, Case IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, párr. 336).

¹⁸ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf

1.2.1.3. Deber de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento

En concordancia con el deber de castigar, el deber de remitir el asunto a las autoridades competentes fue contemplado por la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, donde en la decisión de confirmación de cargos estableció que:

“El deber de someter el asunto a las autoridades competentes, al igual que el deber de castigar, surge después de la comisión de los delitos. Tal deber requiere que el comandante tome medidas activas para asegurar que los perpetradores sean llevados ante la justicia. Ello subsana la situación en la que los comandantes no tengan la capacidad de sancionar a sus fuerzas y esto incluye circunstancias en las que el superior tiene la capacidad de tomar medidas, pero esas medidas no parecen ser adecuadas”¹⁹ (párr. 442).

Apreciación similar hace el TPIY en el caso *Prosecutor v. Delic* cuando establece que el superior tiene el deber de informar a las autoridades competentes, lo cual “está específicamente previsto en virtud del párrafo 1 del artículo 87 del Protocolo Adicional I. La obligación del superior es la de tomar medidas activas para garantizar que los autores sean llevados ante la justicia”²⁰ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio I, Judgement, *Prosecutor v. Delic*, Case IT-04-83-T, 15 de septiembre de 2008, párr. 74).

1.2.1.4. Deber de adoptar medidas necesarias y razonables

Finalmente, resulta importante resaltar la interpretación que ha dado la jurisprudencia internacional en torno al contenido y alcance de las medidas necesarias y razonables que debe adoptar el superior, con el fin de prevenir o reprimir y castigar las conductas delictivas de sus subordinados.

Al respecto, el TPIY en el caso *Prosecutor v. Blaskic* estableció que a pesar de que la obligación de adoptar medidas necesarias y razonables por parte del superior “depende de las circunstancias particulares de cada caso” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 417), acepta el estándar planteado por el mismo tribunal en el caso *Prosecutor v. Delalic et al.* (“caso Celebici”), en el sentido de aclarar

¹⁹ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

²⁰ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/delic/tjug/en/080915.pdf>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

que este deber recae en los superiores por su posición de autoridad, pero haciendo la salvedad de que los mismos no están obligados a lo imposible, como regla general del Derecho. En esa medida, un superior responderá penalmente por no tomar las medidas que estén dispuestas dentro de su ámbito de poder, o más concretamente, “por no tomar las medidas que estén dentro de sus posibilidades materiales” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Delalic et al.*, Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 394-395).

En igual sentido se pronunció la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, acogiendo al estándar del TPIY y al considerar que las medidas necesarias y razonables deben abordarse “en concreto”. Es decir que un superior será penalmente responsable en virtud del literal a) del artículo 28 de ER por no haber adoptado tales medidas “dentro de sus posibilidades materiales”. Sin embargo, la CPI adopta un criterio más riguroso al señalar que “lo que constituye una medida razonable y necesaria se evaluará sobre la base de la facultad *de jure* del comandante, así como de su capacidad *de facto* para adoptar esas medidas”²¹ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 443).

Por tanto, y en concordancia con el estándar planteado en el “caso Celebici” y el “caso Bemba”, debe entenderse que el superior incurrirá en responsabilidad penal cuando no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables que hayan estado a su disposición real y material. Es decir que al tratarse de una “capacidad efectiva de tomar medidas”, se debe examinar más allá de su competencia formal o jurídica.

Con todo, se presenta a continuación un breve cuadro comparativo en torno al alcance de los deberes del superior tanto para la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, como para la de la CPI:

Tabla 2. Cuadro comparativo sobre los deberes del superior en la jurisprudencia internacional

Jurisprudencia del TPIY y TPIR	Deber de prevenir	Se origina en cualquier momento anterior a la comisión del delito y cuando el superior tiene un conocimiento real de que el delito está a punto de ser cometido o se está cometiendo.
	Deber de reprimir	Se origina luego de la consumación del delito y para evitar la comisión de nuevos delitos a futuro.

²¹ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		Las personas que asumen el mando después de la comisión del delito tienen el mismo deber de castigar.
Jurisprudencia de la CPI	Deber de prevenir	Se origina en cualquier momento anterior a la comisión del delito y con la adopción de medidas específicas para hacer efectivo este deber.
	Deber de reprimir (primera etapa)	Se origina cuando el delito se está cometiendo. Se da con el fin de impedir que se sigan cometiendo delitos en curso y para evitar efecto en cadena de más delitos.
	Deber de castigar (segunda etapa)	Se origina luego de la consumación del delito. Las personas que asumen el mando después de la comisión tienen el mismo deber de castigar.
	Deber de someter el asunto a autoridades competentes	Se origina después de la consumación del delito y en caso de no tener la capacidad de castigar o cuando las medidas de castigo no son adecuadas.

Como se observa, a pesar de que las diferencias entre la jurisprudencia de los TPIY y TPIR con respecto a la del CPI son pocas en relación frente al alcance de los deberes del superior, ello ha generado diferencias considerables en la definición de la responsabilidad de mando por control efectivo (Olasolo, 2013, p. 770), especialmente en lo que se refiere al contenido de los elementos constitutivos de esta figura, tal y como se procede a exponer.

1.3. Elementos

En primera medida, para que un superior responda penalmente bajo la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo, se requiere del cumplimiento de los siguientes elementos en virtud de lo establecido por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Prosecutor v. Oric*, y tomando como referente lo establecido por el TPIR en el caso *The Prosecutor v. Nahimana et al.*:

“Para que un superior incurra en responsabilidad penal en virtud del párrafo 3 del artículo 7, además de establecerse más allá de toda duda razonable que su subordinado es penalmente responsable, deben probarse los siguientes elementos más allá de toda duda razonable:

- i) la existencia de una relación superior-subordinado;
- ii) que el superior sabía o tenía razones para saber que su subordinado estaba a punto de cometer un crimen o ya lo había cometido; y

- iii) que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir la conducta criminal de su subordinado o castigar a su subordinado”²² (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 18; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Nahimana et al., Case ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, párr. 484).

Por su parte, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” estableció que, para demostrar la responsabilidad penal del superior, deben cumplirse los siguientes elementos:

- i) “El sospechoso debe ser un superior militar o una persona que actúe efectivamente como tal;
- ii) El sospechoso debe tener un mando y control efectivos, o una autoridad y control sobre las fuerzas (subordinadas) que cometieron uno o más de los crímenes establecidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto;
- iii) Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinadas) resultaron del fracaso del superior para ejercer el control adecuado sobre estas;
- iv) El sospechoso sabía o, debido a las circunstancias del momento, debía haber sabido que las fuerzas (subordinadas) estaban cometiendo o a punto de cometer uno o más de los crímenes establecidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; y
- v) El sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la comisión de tal(es) delito(s) o no presentó el asunto a las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento”²³ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 407).

De lo anterior, se evidencian diferencias sutiles en torno a la definición de los elementos constitutivos de la responsabilidad de mando por parte del TPIY con respecto a la SCP II de la CPI. Sin embargo, es posible ver correspondencia entre ellas. En esa medida, los elementos i) y ii) establecidos por la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” hacen referencia a la relación superior-subordinado igualmente

²² Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>

²³ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

contemplada por el TPIY en el elemento i). Frente a los elementos iv) y v) en el “caso Bemba” estos se refieren al elemento subjetivo y objetivo, respectivamente, del concepto de responsabilidad de mando por control efectivo, los cuales son similares a los elementos ii) y iii) señalados por el TPIY en el caso Oric. Quiere decir que el elemento iii) establecido en el artículo 28 del ER y desarrollado en el “caso Bemba” “respecto al nexo de causalidad, es el único que no se encuentra contemplado en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR” (Olasolo, 2013, pp. 771-772; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Krnojelac, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 171).

Sin embargo, este último elemento es de gran importancia para nutrir la definición de la responsabilidad de mando por control efectivo y a efectos de hacer más efectiva la investigación y posterior enjuiciamiento. En ese sentido, se procede al análisis de los elementos enunciados, los cuales deben ser probados a fin de determinar si un superior es responsable bajo la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo.

1.3.1. Existencia de una relación superior-subordinado

Según los artículos 28 ER, 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6 (3) ETESL, los superiores son penalmente responsables cuando existe una relación superior-subordinado. Quiere decir que la responsabilidad de mando implica determinar que el superior tiene esa calidad con respecto a sus subordinados. Al respecto, para la Sala de Apelaciones del TPIY es necesario probar que:

“(…) el autor del delito fue el “subordinado” del acusado o superior, pero no entendido como un requisito de subordinación directa o formal, sino como una forma de determinar que el acusado en cuestión es, en virtud de su posición, el superior en el marco de una jerarquía ya sea formal o informal. Para la Sala de Apelaciones, un requisito mínimo para el determinar la relación superior-subordinado es la capacidad del superior de ejercer un control efectivo, en el sentido de un poder material para prevenir o castigar” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 303).

Cabe mencionar que “sin perjuicio del grado de especificidad con que se debe identificar a los subordinados culpables, en todo caso, se debe establecer su existencia como tales” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 35). Además, si no pueden ser identificados por su nombre a los subordinados

“que participaron directamente en la comisión de los delitos, es suficiente la identificación de estos por su "categoría" o "grupo"” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 217).

Igualmente, el TPIY ha establecido en los casos *Prosecutor v. Oric* y *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic* y el TPIR en el caso *The Prosecutor v. Nahimana et al.*, que la responsabilidad del superior “abarca todas las formas de participación de los subordinados y no solamente la “comisión” del delito en sentido restringido” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Blagojevic and Jokic, Case IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007, párr. 280). Al respecto, es importante recalcar que:

“(…) la responsabilidad del superior abarca la conducta criminal de los subordinados en todas las modalidades de participación en virtud del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto. El superior puede ser considerado criminalmente responsable cuando sus subordinados planean, instigan, ordenan, cometen o de cualquier manera ayuden a cometer un delito”²⁴ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 21).

Pese a lo anterior, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” no se acogió a esta interpretación de la responsabilidad de mando hecha por el TPIY y el TPIR, “ya que no basta que solamente los subordinados sean responsables, sino que deben ser responsables a título de autores materiales, autores mediatos o coautores, de acuerdo con artículo 25 (3)(a) del ER” (Olasolo, 2013, p. 773).

A continuación, se procede a analizar cómo la jurisprudencia internacional ha interpretado y definido el momento en el que el superior adquiere esa calidad con respecto los subordinados, y con el fin de determinar su responsabilidad penal.

1.3.1.1. Ámbito temporal en la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo

El TPIY planteó el debate en torno al ámbito temporal en el que el superior adquiere esta calidad respecto a los autores de los delitos, donde el juez Liu Daqun mediante votación parcialmente disidente en el caso *Prosecutor v. Oric*, señaló que:

²⁴ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>

“(…) el párrafo 3 del artículo 7 entraña dos obligaciones distintas para los comandantes, que tienen que adoptar las medidas necesarias y razonables para a) impedir esos actos y b) castigar a los autores de estos. Por lo tanto, según una lectura llana del Estatuto, que no distingue entre los delitos cometidos antes y después de la asunción de funciones, un comandante que ejerza un control efectivo puede ser considerado responsable únicamente por no castigar a sus subordinados por los delitos que cometieron antes de asumir el cargo.

(…) La jurisprudencia ha reconocido que la causalidad no es una condición sine qua non para la imposición de responsabilidad penal a los superiores por no haber prevenido o castigado los delitos cometidos por sus subordinados”²⁵ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, Partially Dissenting Opinion and Declaration of Judge Liu, pp. 83-85).

Esta posición fue igualmente adoptada por el TESL en el caso *Prosecutor v. Sesay et al.*, el cual estableció que la responsabilidad de mando se determina cuando el superior no cumple con su deber de prevenir o castigar. Es decir que:

“(…) si un superior asume el mando después de que un crimen ha sido cometido por sus subordinados y él sabe o tiene razones para saber que se ha cometido tal delito, la Cámara opina que al asumir su responsabilidad como oficial superior, tendrá el deber de castigar a los perpetradores en el momento en que asume el control efectivo”²⁶ (Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia, Judgement, Prosecutor v. Sesay et al., Case SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párr. 299).

Sin embargo, las Salas de Apelaciones del TPIY y del TPIR, decidieron no adoptar esta posición y en cambio, señalan que se requiere que el procesado haya sido el superior de los subordinados al momento en el que se comete el delito. En esa medida, no es aplicable el criterio de que el superior es responsable por no haber castigado a los subordinados por los crímenes cometidos previo a asumir el control. Así pues, la Sala de Apelaciones del TPIY estableció en el caso *Prosecutor v. Halilovic* que:

²⁵ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>

²⁶ Traducción propia. Documento original disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>

“(…) respecto a la capacidad de ejercer un control efectivo en el sentido de una facultad material de prevenir o castigar, la Sala de Apelaciones lo considera un requisito mínimo para el reconocimiento de una relación superior-subordinada a los efectos de la responsabilidad superior, y casi invariablemente no se satisfará a menos que exista esa relación de subordinación”²⁷ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Halilovic, Case IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, párr. 59).

Aunado a lo anterior, el TPIR estableció en el caso *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, que el superior debe tener la autoridad material ya sea *de jure* o *de facto*, para poder prevenir y castigar los delitos cometidos por sus subordinados. Quiere decir que el control efectivo se ejerce en el momento en que se cometieron los crímenes y se mide por la capacidad real y material de poder prevenir y castigar los crímenes de los subordinados (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, Judgement, The Prosecutor v. Bagosora et al., Case ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, párr. 2012).

Por su parte, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” se acoge a esta última posición, pero siendo más clara y estricta en torno a la diferencia entre el momento en el que el superior asume el control efectivo y el momento de la comisión de los delitos por parte de los subordinados. En esa medida, considera que:

“(…) basta con que el dirigente adquiriera la calidad de superior desde el momento en que los autores materiales planean cometer delitos o “al menos cuando los crímenes estaban a punto de ser cometidos”, para endilgarle responsabilidad penal. Ello tiene fundamento en el artículo 28, literal a) del ER cuando establece que el superior militar o el que actúe efectivamente como tal, será penalmente responsables de los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su control efectivo como consecuencia de no haber ejercido un control adecuado sobre sus fuerzas. Quiere decir, que el superior ya ejercía control sobre sus fuerzas antes de que se cometieran los delitos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 419).

En esa medida, mientras que para la Sala de Apelaciones del TPIY y el TPIR la responsabilidad de mando se determina cuando i) el superior adquiere el control

²⁷ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/halilovic/acjug/en/071016.pdf>

efectivo sobre los subordinados y ii) desde el momento en el que estos comenten los delitos, para la CPI se endilga responsabilidad igualmente cuando i) el dirigente adquiere la calidad de superior o actúe efectivamente como tal, pero también ii) desde el momento en que los delitos estaban a punto de ser cometidos por los subordinados. Este último criterio difiere del estándar del TPIY y el TPIR respecto al momento de la comisión de delitos por parte de los subordinados.

Sin embargo, tanto el TPIY y el TPIR, como la CPI coinciden en que no es posible atribuir responsabilidad al superior cuando este omite la adopción de medidas necesarias y razonables para castigar a sus subordinados, por delitos que hayan sido cometidos previamente a la asunción del mando.

En este punto, la CPI fue más minuciosa al especificar que a pesar de que no es posible endilgar responsabilidad por crímenes cometidos por los subordinados antes de la asunción del mando, sólo basta con “probar que la omisión del comandante aumentó el riesgo de que se cometieran los crímenes imputados con el fin de considerarlo penalmente responsable en virtud del artículo 28 a) del Estatuto”²⁸ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 425). Si el superior omite sus deberes de prevención y castigo durante y después de la comisión de delitos por parte de los subordinados, “puede aumentar el riesgo de que se comentan nuevos delitos a futuro” (Olasolo, 2013, p. 774).

1.3.1.2. El concepto de “mando” y “autoridad” del artículo 28 a) del ER respecto a superiores militares

El artículo 28 del ER hace mención expresa a la responsabilidad penal tanto de superiores militares como de superiores no militares, “o que actúen efectivamente como tal”. Respecto a la responsabilidad de los superiores militares, el artículo 28, literal a) del ER establece que serán penalmente responsables “por los crímenes de competencia de la CPI que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su “mando y control efectivo”, o su “autoridad y control efectivo””. Al respecto, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” aclara que la expresión “mando y control efectivo” es aplicable a situaciones en que “deba determinarse la responsabilidad de superiores militares considerados como tal en sentido estricto. Por otro lado, la expresión

²⁸ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

“autoridad y control efectivo” se refiere comandantes que a pesar de no ostentar la calidad formal de superiores militares, se asimilan a los mismos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 412; Olasolo, 2013, p. 781).

Sin embargo, la SCP II consideró que “las palabras adicionales "mando" y "autoridad" que figuran en ambas expresiones, no tienen ningún efecto sustancial en el nivel o estándar de "control" requeridos”²⁹. De hecho, en los trabajos preparatorios del ER, algunas delegaciones reconocieron que incluir la expresión "autoridad y control efectivo" era innecesaria y confusa (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 412).

En esa medida, la SCP II de la CPI aclaró que:

“(…) la Sala subraya que la expresión "mando efectivo" ciertamente revela o refleja una "autoridad efectiva". De hecho, en el idioma inglés la palabra "command" se define como "autoridad, especialmente sobre las fuerzas armadas", y la expresión "autoridad" se refiere al "poder o derecho de dar órdenes y hacer cumplir la obediencia". Sin embargo, el uso de la disyuntiva "o" entre las expresiones "mando efectivo" y "autoridad efectiva" llama a la Cámara a interpretarlos como que tienen significados cercanos pero distintos para remediar la apariencia de redundancia en el texto. Así pues, la Sala opina que, si bien el grado de "control" requerido por ambas expresiones es el mismo que el argumentado en el párrafo 412supra, la expresión "autoridad efectiva" puede referirse a la modalidad, manera o naturaleza según la cual un comandante militar o de tipo militar ejerce "control" sobre sus fuerzas o subordinados”³⁰ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 413).

²⁹ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

³⁰ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

1.3.1.3. Determinación del control efectivo para la aplicación de la figura de la responsabilidad de mando

Como se ha observado, el artículo 28 del ER hace referencia clara a la responsabilidad del superior militar “o el que actúe efectivamente” como tal. En tal sentido, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” ha considerado que la expresión “comandante militar” se refiere a quienes “han sido designadas formal o legalmente para desempeñar una función de mando militar (es decir, comandantes *de jure*). El concepto engloba a todas las personas que tienen responsabilidad de mando dentro de las fuerzas armadas, independientemente de su rango o nivel”³¹ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 408).

Valga aclarar que un superior militar puede ser la persona que ocupa el nivel más alto en la cadena de mando o incluso un mero líder con pocos soldados bajo su mando. A este respecto, Gasser et al. (1987), ha señalado que:

“Como no hay ninguna parte del ejército que no esté subordinada a un comandante militar de cualquier nivel, esta responsabilidad se aplica desde el nivel más alto al más bajo de la jerarquía; desde el Comandante en Jefe hasta el soldado común que asume la jefatura del pelotón al que pertenece en el momento en que su comandante ha caído y ya no es capaz de cumplir su tarea”³² (párr. 3553).

Por otra parte, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” ha señalado que la expresión “o el que actúe efectivamente” se refiere a una categoría de personas que a pesar de no ser formalmente nombradas como superiores, desempeñan esta función *de facto* cuando ejercen control efectivo sobre un grupo de personas y mediante una cadena de mando. Además, “esta categoría de superiores abarca por lo general a quienes tienen autoridad y control sobre las fuerzas gubernamentales, así como sobre las fuerzas irregulares como grupos rebeldes, unidades paramilitares, movimientos de resistencia y milicias que actúan bajo una estructura de jerarquía o una la cadena de mando” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 409-410).

³¹ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

³² Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf

Aunado a lo anterior, el TPIY en el “caso Celebici” estableció que las personas que tiene un puesto de autoridad dentro de una estructura militar pueden responder penalmente en virtud de:

“(…) la doctrina de la responsabilidad del mando sobre la base de sus posiciones de hecho y de derecho como superiores. Por lo tanto, la mera ausencia de una autoridad legal formal para controlar las acciones de los subordinados no excluye la imposición de esa responsabilidad” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 354).

Es importante mencionar que tanto para la SCP II de la CPI, como para el TPIY y el TPIR, el control efectivo debe ser entendido como una manifestación de la relación superior-subordinado que se da a través de una “relación jerárquica ya sea *de jure* o *de facto*”. En tal sentido, el TPIR en el caso *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, señaló que para determinar la responsabilidad penal del superior “en virtud del párrafo 3 del artículo 6 del Estatuto, es imperativo probar que el acusado es el superior de los subordinados suficientemente identificados, sobre los que tenía un control efectivo -en el sentido de una capacidad material para prevenir o castigar conductas delictivas- y por cuyos actos se le atribuye responsabilidad”³³(Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, Judgement, The Prosecutor v. Bagosora et al., Case ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, párr. 112).

Respecto a los deberes del superior, “el concepto de control efectivo ha sido igualmente entendido como la capacidad material de que el superior tome las medidas que estén a su alcance y posibilidades con el fin de prevenir o detener la comisión de crímenes por parte de los subordinados” (Parks, 1973, p. 84). Igualmente, ha sido definido como “la capacidad del superior de castigar la comisión de crímenes después de que estos hayan sido cometidos, por lo que al superior se le considerara responsable si no ejerce dicha capacidad de control” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 198).

Asimismo, en el caso *Prosecutor v. Aleksovski*, el TPIY estableció que cuando el superior no ejerce sus poderes para impedir que los subordinados cometan crímenes “o no los castiga luego de su comisión, implica necesariamente que el superior deba tener estos poderes desde antes de omitir su ejercicio” (Tribunal Penal Internacional

³³ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict98-41/trial-judgements/en/081218.pdf>

para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Aleksovski, Case IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, párr. 76).

La SCP I de la CPI en el “caso Bemba” es más enfática al señalar que con respecto a las obligaciones del superior, el artículo 28, literal a) del ER establece que:

“(…) el “control efectivo” también se refiere a la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los delitos o someter el asunto a las autoridades competentes. Con este fin, esta noción no parece acomodarse a cualquier estándar de control más bajo, como la simple capacidad de ejercer influencia sobre las fuerzas o los subordinados, incluso si tal influencia resultara ser sustancial”³⁴ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 415).

La CPI basa su argumentación en la decisión tomada por el TPIY en el caso *Prosecutor v. Hadzihasanovic et al.*, cuando señala que tomando en cuenta que la responsabilidad de mando se basa “en la capacidad del superior de controlar los actos de los subordinados, este es penalmente responsable si ejerce un control efectivo. Es decir que los poderes de influencia sobre sus subordinados no son suficientes para endilgarle responsabilidad” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, párr. 80).

Otro aporte relevante realizado por la Sala de Apelaciones del TPIY es que el hecho de que:

“(…) el control efectivo descienda del superior al subordinado que perpetra el delito a través de otros subordinados intermediarios, es irrelevante. Por el contrario, lo relevante es si el superior tiene la capacidad material de prevenir o castigar al subordinado que es penalmente responsable. Además, el asunto de que el superior, debido a la cercanía o lejanía del control, posea de hecho dicho control es un asunto de tipo probatorio y no de derecho sustancial” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 20).

En ese sentido, la determinación del control efectivo corresponde más a un asunto de tipo probatorio y depende de “las circunstancias de cada caso particular; de

³⁴ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

manera que los indicios se deben limitar a demostrar que el superior tenía la capacidad de prevenir, reprimir, castigar o someter el asunto a las autoridades competentes” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 416).

Como desarrollo de lo anterior, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Prosecutor v. Oric* da mayor claridad respecto a la obligación de la Fiscalía de “probar el control efectivo más allá de toda duda razonable”. Para tal fin, es necesario comprender que:

“(…) la autoridad de jure no es sinónimo del control efectivo. Mientras que la posesión de poderes de jure puede sugerir, sin duda, una capacidad material de evitar o castigar hechos punibles de los subordinados, puede, sin embargo, no ser necesaria o suficiente para mostrar dicha capacidad. Si el poder de jure siempre hiciera presumir el control efectivo, entonces la Fiscalía estaría exenta de la carga de probar dicho control efectivo más allá de toda duda razonable. La Sala de Apelaciones, por lo tanto, no puede estar de acuerdo con la presunción legal propuesta por la Fiscalía.

La Sala de Apelaciones reconoce que su jurisprudencia podría haber sugerido lo contrario, utilizando los términos “presunción” o “prueba prima facie del control efectivo”. El significado de estas expresiones no ha sido siempre claro. Aunque en algunas jurisdicciones de derecho anglosajón la “prueba prima facie” por definición conduce a una presunción que invierte la carga de la prueba, la Sala de Apelaciones subraya que ante el tribunal internacional la Fiscalía aún tiene la carga de probar más allá de toda duda razonable que el acusado tuvo un control efectivo sobre sus subordinados. La posesión de la autoridad de jure, sin más, sólo proporciona algunas pruebas de ese control efectivo. Ante el Tribunal Internacional no existe tal presunción en detrimento de un acusado”³⁵ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Judgement, Prosecutor v. Oric*, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 90-92).

Con todo, para la SCP II de la CPI existen varios factores que son útiles a la hora de determinar una posición de autoridad y control efectivo de un superior, tales como:

- i) “La posición oficial del superior;
- ii) Su capacidad o facultad de emitir órdenes;

³⁵ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>

- iii) Su capacidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas o asegurar su ejecución;
- iv) Su posición dentro de las fuerzas militares, así como funciones que desarrolló al interior de la estructura militar;
- v) Su capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando inmediato o en niveles inferiores, que tomen parte en las hostilidades;
- vi) Su capacidad de volver a subordinar a las unidades o hacer cambios en la estructura de mando;
- vii) Su capacidad de promover, sustituir, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de sus fuerzas, y
- viii) Su autoridad para enviar fuerzas donde las hostilidades tienen lugar y de retirarlas en cualquier momento³⁶ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 417).

Finalmente, el TPIY y el TPIR han adicionado otros criterios para determinar el control efectivo, como el hecho de “tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el mantenimiento del orden” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Delalic, et al.*, Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 767). Igualmente, respecto a la capacidad del superior de emitir ordenes, en el caso *Prosecutor v. Strugar*, el TPIY estableció que esta capacidad no significa inmediatamente que el superior haya tenido control efectivo sobre sus subordinados, pero es un criterio que debe considerarse en la determinación del control efectivo. La Sala de Apelaciones sostuvo que las órdenes deben ser valoradas en el sentido de determinar el grado de control que las mismas tuvieron sobre los subordinados. En consecuencia, señala la Sala de Apelaciones que:

“(…) el hecho de que una determinada forma de autoridad que un superior posee llegue a ser un indicador del control efectivo depende de las circunstancias del caso. Por ejemplo, con respecto a la capacidad de dictar órdenes, la naturaleza de las órdenes que el superior tiene capacidad para dictar, la naturaleza de su capacidad para hacerlo, así como si sus órdenes son realmente ejecutadas o no, serán factores relevantes para evaluar si un superior [tiene] la capacidad material de evitar o castigar³⁷ (Tribunal Penal

³⁶ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

³⁷ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/aciug/en/080717.pdf>

Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Strugar, Case IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, párr. 253-254).

Por su parte, la doctrina ha desarrollado el concepto de control efectivo afirmando que el criterio establecido por el artículo 28 del ER, así como los estándares de la jurisprudencia de tribunales internacionales “no hacen referencia al *status* formal del superior aisladamente, sino a *status de facto* (el que efectivamente actúe como). Así la disposición no hace referencia a una situación del “deber ser” (en el mundo ideal-normativo) sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real)” (Ambos, 2001, p. 181).

Igualmente, según Prieto (2009) y haciendo referencia al “caso Celebici”, sólo es relevante el debate respecto a la calidad formal o informal del superior, siempre y cuando la designación formal de este no sea tenida como una exigencia para determinar su responsabilidad penal bajo la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo. En ese sentido indica que:

“(…) Tal posición es confirmada por Bantekas, quien estima que: “Si la responsabilidad por los actos de otros es establecida a través del elemento de la autoridad sobre los subordinados, se puede pensar que la simple existencia de tal autoridad, sin importar que se adquirida de iure o de facto, le otorga la calidad de superior para los propósitos del artículo 7 numeral 3 del Estatuto del TPIY”” (p.141).

En consecuencia, para Ramelli (2011) y citando al CICR, con base a la norma consuetudinaria 153 aplicable a todo conflicto armado, los superiores militares o los que actúen efectivamente como tal, pueden responder penalmente por su poder de mando. Ello se traduce en su capacidad ya sea jurídica o fáctica, para impartir y hacer cumplir órdenes a sus subordinados (p. 573). Además, la responsabilidad de mando por control efectivo se refiere a:

“(…) la omisión del superior que estando en posición y capacidad de prevenir, reprimir y castigar los delitos cometidos por sus subordinados, no lo hace. Es decir que esta teoría tiene su fundamento en la falta de cumplimiento de los deberes que le son propios al superior” (Acosta y Arévalo, 2017, p. 252).

Valga mencionar que para la SCP II de la CPI “no es posible afirmar la ausencia de un “control apropiado” sobre los subordinados y por parte del superior, sin antes probarse la existencia de un control efectivo” (Olasolo, 2013, p. 788).

Con todo, el artículo 28 del ER y el “caso Bemba” abordan los elementos de la responsabilidad de mando de manera más comprehensiva en comparación con los estatutos y jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*. En esa medida, el control efectivo se constituye como un criterio esencial para dar fundamento a la figura de la responsabilidad de mando y como parte de la relación superior-subordinado en tanto elemento constitutivo, y sin considerar exclusivamente la calidad *de jure* del superior, sino el control ejercido *de facto* sobre el actuar de los subordinados.

1.3.2. Elemento objetivo: la omisión del superior

1.3.2.1. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir

Luego de determinada la existencia de la relación superior-subordinado, los estándares internacionales desarrollados por la normativa y jurisprudencia internacionales señalan que igualmente es aplicable la responsabilidad de mando por control efectivo cuando el superior omitió la adopción de medidas necesarias y razonables que tuviera a su disposición, “a fin de prevenir la comisión de delitos por parte de los subordinados. Al respecto, tal y como se ha mencionado, el superior no está obligado a lo imposible y sólo puede considerarse responsable cuando no toma las medidas de prevención que están a su alcance material si sabía o tenía razones para saber que un delito ha sido cometido” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia, Judgement, *The Prosecutor v. Kayishema et al.*, Case ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 217).

Respecto a las medidas necesarias y razonables que están al alcance del superior, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha establecido en el caso *The Prosecutor v. Kamuhanda* que la comisión de cualquiera de los delitos por parte de los subordinados y de competencia del tribunal, no exime de responsabilidad al superior “si sabía o tenía razones para saber que se iban a cometer tales delitos y no adoptó las medidas necesarias y razonables para prevenirlos, y con independencia de si tuvo capacidad formal o no de tomar tales medidas” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia, Judgement, *The Prosecutor v. Kamuhanda*, Case ICTR-95-54A-T, 22 de enero de 2004, párr. 601).

En torno a las medidas que estuvieron al alcance del superior, la Sala de Apelaciones del TPIY ha aclarado que son las que pueden adoptarse dentro del ámbito de competencia del superior, tal y como lo muestra el grado del control que ejercía sobre sus subordinados. Quiere decir que la determinación de las medidas depende

de cada caso concreto y puede variar de un caso a otro (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Judgement, Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 72).

El deber del superior de prevenir la comisión de delitos se identifica por i) las medidas generales de dar estructura o mantener el control de sus subordinados, y ii) las medidas específicas encaminadas a “prevenir la comisión de delitos y de los que tenga conocimiento el superior. El hecho de que el superior no adopte las primeras medidas, hace que se corra un mayor riesgo de que sus subordinados cometan los actos ilícitos, pero no necesariamente implica su responsabilidad penal. Sin embargo, la omisión de adopción de las segundas medidas sí hace que se vea comprometida su responsabilidad” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al.*, Case IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, párr. 144).

Valga mencionar que el TPIY en el caso *Prosecutor v. Halilovic* haciendo referencia a los comentarios del CICR sobre los Protocolos Adicionales al Convenio de Ginebra, señaló que con respecto a las medidas generales se pueden encontrar el “aseguramiento del uso racional de los medios de combate, así como el mantenimiento de la disciplina y el entrenamiento adecuado de las tropas”. Respecto a las medidas específicas de prevención, un elemento esencial son las medidas de aseguramiento de que las tropas se encuentran bien informadas sobre sus obligaciones ante el derecho internacional. Además, “la adopción de medidas generales no siempre basta para evitar incurrir en responsabilidad penal, en caso de que el superior no haya tomado medidas específicas necesarias y adecuadas de prevenir” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 85-88).

Con todo, se procede a identificar las medidas necesarias y razonables que están al alcance material del superior para prevenir la comisión de delitos. Vale aclarar que estas medidas difieren de las órdenes de rutina, que poco implican la adopción de medidas más activas como las siguientes:

- i) “La obtención de información sobre las acciones militares de las tropas y los subordinados con el fin de llevar a cabo la investigación correspondiente en caso de que se vayan a cometer delitos.
- ii) La emisión de órdenes destinadas a hacer que se cumplan prácticas apropiadas de acuerdo con las normas de la guerra.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

- iii) La adopción de medidas disciplinarias a fin de evitar que los subordinados comenten delitos.
- iv) Criticar o protestar en contra de acciones criminales.
- v) Poner en conocimiento e insistir ante autoridades superiores para que se tomen acciones inmediatas en caso de actos criminales.
- vi) Posponer la ejecución de operaciones militares” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, Prosecutor v. Halilovic, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 89; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Prosecutor v. Stakic, Case IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párr. 461).

Po su parte, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” establece que el artículo 28 del ER no establece como tal las medidas específicas propias del deber de prevenir. En ese sentido, para este tribunal deben considerarse como tales medidas las siguientes:

- i) “Que el superior se asegure de que las fuerzas armadas sean adecuadamente capacitadas en torno al derecho internacional humanitario.
- ii) Que el superior obtenga informes sobre las acciones militares que se llevaron a cabo de conformidad con el derecho internacional.
- iii) Que el superior emita ordenes destinadas a ajustar las practicar pertinentes a las normas de la guerra.
- iv) Que el superior adopte medidas disciplinarias con el fin de impedir que se cometan delitos por parte de los subordinados bajo su mando” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 438).

Como se observa, no existe una diferencia sustancial entre las medidas propuestas por la jurisprudencia de la CPI con respecto a la del TPIY, sino que, por el contrario, son complementarias las unas a las otras y son aplicables para determinar la responsabilidad de mando, independientemente de que el superior haya tenido capacidad jurídica o formal para controlar a los subordinados.

1.3.2.2. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para reprimir y castigar

De acuerdo con lo establecido precedentemente, la jurisprudencia de la CPI ha sido clara en diferenciar dos etapas en la obligación del superior de castigar delitos cometidos por sus subordinados, a saber: el deber de reprimir o poner fin a la comisión de delitos que se están ejecutando (primera etapa) y el deber de castigar cuando ya se ha consumado los actos delictivos (segunda etapa).

Por su parte el TPIR en el caso *The Prosecutor v. Bagilishema*, señaló que, en caso de incumplimiento del deber de castigar, la responsabilidad del superior puede derivarse por:

“(...) el hecho de que no haya mantenido, entre las personas bajo su control, un ambiente de disciplina y de respeto a la ley.

(...) La responsabilidad de mando por el incumplimiento del castigo puede ser desencadenada por un amplio patrón de conducta de base por parte de un superior, que en efecto alienta la comisión de atrocidades por parte de sus subordinados”³⁸ (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio I, Judgement, *The Prosecutor v. Bagilishema*, Case ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, párr. 50).

Sin embargo, de acuerdo con el estándar propuesto por la jurisprudencia de la CPI, luego de consumado el delito y en el evento en que el superior no tenga la capacidad de castigar o cuando las medidas de castigo no son las adecuadas, se origina el deber de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento tal y como se procede a desarrollar a continuación.

1.3.2.3. Omisión del superior en la adopción de medidas necesarias y razonables para someter el asunto a las autoridades competentes

El deber del superior del someter el asunto a las autoridades competentes con el fin de que se investigue y castigue los actos delictivos cometidos por los subordinados, fue introducido como un deber autónomo en la jurisprudencia de la CPI. Por su parte, para los TPIY, el TPIR y el TESL, este deber no es autónomo, “sino que forma parte del deber de castigar” (Olasolo, 2013, p. 792).

³⁸ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>

La SCP II de la CPI en el “caso Bemba” estableció que:

“(…) el deber someter el asunto a las autoridades competentes surge luego de la comisión de los delitos por parte de los subordinados. De manera que este deber se origina cuando los superiores no tienen la capacidad material de castigar, lo que incluye los eventos en los que el superior tiene la capacidad material de adoptar medidas de castigo, pero las mismas no son adecuadas” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 442).

Por su parte, para el TPIY, el superior no necesariamente debe iniciar o llevar a cabo una investigación ni ejecutar el castigo en persona (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Judgement, Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, párr. 316), pero debe cerciorarse de que se investigue el asunto y remitir un informe a las autoridades competentes con el fin de que se investigue el caso a fondo y se emita la correspondiente sanción (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II, *Judgement, Prosecutor v. Orić*, Case IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, párr. 336).

Finalmente, y aunado a lo anterior, aun cuando el superior haya tomado medidas insuficientes para castigar a sus subordinados (o aun siendo suficientes como medidas a corto plazo para ayudar a prevenir más atrocidades), ello no lo exime del deber de iniciar acciones encaminadas a llevar a los responsables de los crímenes ante la justicia. Al respecto, el caso *Prosecutor v. Kayishema et al.*, es ilustrativo de esta situación toda vez que el procesado sólo tuvo la posibilidad de encarcelar por un período no superior a 30 días, a los perpetradores de una masacre contra la población tutsi en la Iglesia de Muguba. Sin embargo, “el haber tomado dicha medida no hace que se libre de su deber de someter el asunto a las autoridades competentes” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia, *Judgement, Prosecutor v. Kayishema et al.*, Case ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 514).

1.3.3. Elemento subjetivo: el conocimiento del superior

Los artículos 7(3) del ETPIY, 6(3) del ETPIR, y 6(3) del ETESL plantean un criterio unificado respecto al elemento subjetivo de la responsabilidad de mando por control efectivo. En esa medida, el superior responde penalmente cuando no toma las medidas necesarias y razonables para prevenir y castigar los delitos cometidos por sus subordinados “si sabía” o “tenía razones para saber” que el subordinado disponía a cometer el acto delictivo o ya lo había cometido.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Por su parte, el artículo 28 del ER establece un criterio diferencial respecto a la determinación de responsabilidad penal de superiores militares³⁹ y superiores no militares, a diferencia del ETPIY, ETPIR, y ETESL que no hacen una diferenciación sobre el particular. Respecto a los superiores militares, el literal a) i) establece que “el superior militar será responsable por no cumplir con sus deberes de prevenir, reprimir, castigar y no someter el asunto a las autoridades competentes, cuando hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” (Olasolo, 2013, pp. 796-797).

El literal b) i) señala que “el superior no militar será penalmente responsable por el incumplimiento de sus deberes de prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes cuando hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” (Olasolo, 2013, pp. 796-797).

Valga aclarar que en la presente investigación se hace especial énfasis en la responsabilidad de mando por control efectivo del superior militar, por ser la contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2017 en Colombia. No obstante, y a efectos de tener una visión más comprehensiva de los estándares internacionales en torno al conocimiento del superior, se abordará en este apartado igualmente el estándar del conocimiento por parte del superior no militar o civil.

Como se observa, tanto en los artículos 7(3) del ETPIY, 6(3) del ETPIR, y 6(3) del ETESL, como en el artículo 28 del ER literales a) i) y b) i) se hace referencia a dos criterios disyuntivos en torno al conocimiento. En la siguiente tabla se expone de manera esquemática los estándares sobre el conocimiento del superior militar y no militar:

Tabla 3. Estándares sobre el conocimiento del superior militar y no militar

Norma	Estándares		
	Primer criterio	o	Segundo criterio
Artículos 7(3) del ETPIY, 6(3) del ETPIR, y 6(3) del ETESL	“si sabía”		

³⁹ El artículo 28 literal a) del ER es aplicable tanto para superiores militares, como para los que actúan efectivamente como tal.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Artículo 28 del ER de la CPI	Superior militar literal a) i)	“hubiere sabido”	o	“hubiere debido saber”
	Superior no militar literal b) i)	“hubiere tenido conocimiento”	o	“hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”

1.3.3.1. Estándares “si sabía”, “hubiere sabido” y “hubiere tenido conocimiento”

Respecto al primer criterio del elemento subjetivo de la responsabilidad de mando por control efectivo, se tiene que la normativa y la jurisprudencia internacionales lo ha desarrollado mediante los estándares “si sabía”, “hubiere sabido” y “hubiere tenido conocimiento”. En esa medida, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” ha establecido que el literal a) i) del artículo 28 del ER respecto al estándar “hubiere sabido”, sugiere que se trata de la existencia de un conocimiento real. Es decir que el superior debió ser realmente consciente de que sus subordinados estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos, para responder penalmente. En ese sentido, señala la Sala que ese conocimiento no puede presumirse, sino que “el conocimiento del sospechoso debe obtenerse mediante pruebas directas o circunstanciales”⁴⁰(Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 429-430).

Tomando como base los criterios de la jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL, la SCP II de la CPI ha establecido como factores de la prueba circunstancial para determinar el conocimiento del superior, los siguientes:

- i) “El número de actos delictivos cometidos por los subordinados, su alcance, y si su ocurrencia fue generalizada,
- ii) El tiempo durante el cual se produjeron los actos delictivos,
- iii) El tipo y número de fuerzas subordinadas involucradas en la comisión de delitos,
- iv) Los medios de comunicación disponibles,
- v) El modus operandi en operaciones similares,

⁴⁰ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

- vi) El alcance y naturaleza de la posición y el ámbito de responsabilidad del superior en la estructura jerárquica,
- vii) La ubicación del comandante en ese momento de la comisión de delitos,
- viii) la ubicación geográfica de los actos, y
- ix) Si forma parte de una estructura organizada con sistemas de información y vigilancia establecidos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 431).

Los anteriores criterios fueron inicialmente planteados en el Informe Final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 del Consejo de Seguridad, para investigar violaciones al derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia⁴¹ y confirmados en la sentencia de primera instancia en el “caso Celebici”. Igualmente, en la sentencia de primera instancia del caso *The Prosecutor v. Bagosora* el TPIR fue enfático en incluir como criterio, la logística de las tropas y el “ritmo táctico” de las operaciones (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, Judgement, *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, Case ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, párr. 2014; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *Prosecutor v. Delalic, et al.*, Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 386).

1.3.3.2. Estándares “hubiere debido saber” y “hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” del artículo 28 literales a) i) y b) i) del ER

Sobre el segundo criterio del elemento subjetivo de la responsabilidad de mando por control efectivo, se tiene que el ER ha establecido como estándares “hubiere debido saber” para superiores militares y “hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”, como se desarrolla a continuación.

Para la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, la redacción de esta disposición muestra que la intención inicial era “adoptar un enfoque más estricto respecto a los superiores militares, en comparación con otro tipo de superiores que se encuentran recogidos en el literal b) del artículo 28 del ER. Ello es así por la naturaleza y el tipo

⁴¹ Al respecto ver: *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*. S/1994/674. Disponible en: https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf

de responsabilidad asignada a cada una de estas categorías de superiores” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 433).

Sin embargo, en la doctrina no hay consenso en torno al entendimiento e interpretación del estándar “hubiere debido saber” contenido en el artículo 28 literal a) i) del ER. Por una parte, es considerado como un estándar de imprudencia simple (“recklessness standard”) o negligencia donde según Schabas (1998), citado por Ambos (1999), según el cual el superior militar sería responsable -de acuerdo con la norma reconocida- por conocimiento o negligencia (“debería haber sabido”), a diferencia del superior civil que sería responsable sólo por conocimiento (p. 17). Para Bantekas (1999) y Keith (2001), citados por Olasolo (2009a), “la omisión del superior militar en el deber de prevenir o castigar los delitos de sus subordinados, da lugar a responsabilidad penal independientemente de que esa omisión haya sido intencional o no” (p. 101). Quiere decir que en la aplicación del artículo 28 literal a) i) del ER es necesario valorar de manera sistemática el contexto y la posición del superior militar, así como su ámbito de responsabilidad en la cadena de mando, con el fin de determinar la exigencia de que haya debido tener conocimiento sobre la comisión de los actos delictivos de sus subordinados.

Sin embargo, para Van Sliedregt (2003) citado por Olasolo (2013), este elemento subjetivo se ajusta más a un estándar de temeridad (p. 799). Igualmente, para Landrum (1995), cuando se busca determinar responsabilidad de mando por control efectivo, el criterio de “hubiere debido saber” no es el más apropiado, sino que se debe demostrar que el procesado “sabía o tenía motivos para saber” que los crímenes se iban a cometer, y aun así no actuó para impedirlos. Además, el estándar de “sabía o tenía motivos para saber” significa que el superior “tenía información a partir de la cual podría concluir” (p. 300).

A pesar de las diferencias anotadas, según Jia (2000) “la responsabilidad de mando en todo caso no se ajusta a la responsabilidad objetiva, toda vez que la *mens rea* que se le exige a un superior para “saber o tener motivos para saber” que un delito va a ser cometido o ya ha sido cometido por sus subordinados, debe probarse antes de establecerse la responsabilidad de mando” (p. 162). Al respecto señala Werle (2005) que “lo decisivo es si el superior hubiera tenido conocimiento de la comisión delictiva del subordinado en caso de haber ejercitado correctamente sus deberes” (p. 232).

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Dadas estas posiciones, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” se ha acogido a la que considera el estándar “hubiere debido saber” como un estándar de imprudencia simple. En esa medida, considera que este estándar “exige una obligación más activa del superior de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus subordinados e investigar, independientemente de si tenía disponibilidad de información en el momento en que se cometen los delitos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 433).

Según Olasolo (2013), respecto a los deberes de prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, el estándar “hubiere debido saber” (entendido como estándar de imprudencia simple) implica que habrá lugar a responsabilidad penal “cuando el procesado no actúe con la diligencia debida por un superior militar razonable estando en las mismas circunstancias, para obtener información sobre los actos de sus subordinados, valorar y aplicar las medidas que tenga a su alcance” (pp. 799-800).

Lo anterior se presenta de manera más esquemática en la siguiente tabla:

Tabla 4. Criterios para determinar responsabilidad penal bajo el estándar de imprudencia “hubiere debido saber”

Deberes del superior	“Habrá responsabilidad penal cuando el procesado no actúe con la diligencia debida por un superior militar razonable estando en las mismas circunstancias para”:
Prevenir	i) “Obtener información sobre el hecho de que los subordinados se proponen cometer los delitos (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa el deber de evitar); ii) Valorar las medidas que tiene a su disposición para evitar que sus subordinados cometan los delitos (imprudencia en la apreciación del alcance del poder de intervención); y iii) Aplicar las medidas a su alcance” (Olasolo, 2013, pp. 799-800).
Reprimir y castigar	i) “Obtener información sobre el hecho de que sus subordinados están cometiendo o han cometido los delitos (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa el deber de castigar); ii) Valorar las medidas que tiene a su disposición para poner fin a los delitos y castigar a sus subordinados (imprudencia en la apreciación del alcance de su poder de intervención); y

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

	iii) Aplicar las medidas a su alcance” (Olasolo, 2013, pp. 799-800).
Someter el asunto a las autoridades competentes	<p>i) “Obtener información sobre la comisión de los delitos por sus subordinados y valorar que, al no poder castigarlos por sí mismo, la única medida a su disposición es el sometimiento de la cuestión a las autoridades competentes (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa su deber de someter la cuestión a las autoridades competentes); y</p> <p>ii) Aplicar las medidas a su alcance” (Olasolo, 2013, pp. 799-800).</p>

Valga mencionar que para la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, los criterios establecidos por la jurisprudencia del TPIY, TPIR, y TESL para aplicar el estándar “tenía razón para conocer”, también pueden ser aplicables al estándar “hubiere debido saber”. Además, los factores mencionados anteriormente para determinar el conocimiento real también son pertinentes para evaluar si un superior “hubiere debido saber” de la comisión de delitos o el riesgo de que se produzcan. En esa medida, para la Sala se puede concluir que el superior ha conocido, y dependiendo de cada caso, si:

- i) “Tenía información general para ponerlo al tanto de los delitos cometidos por subordinados o de la posibilidad de que se produzcan los actos ilícitos; y
- ii) La información disponible era suficiente para justificar una investigación o un examen más a fondo” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 434)

Con todo, y en comparación con el artículo 25 numeral 3 del ER que exige la existencia de dolo directo e incluso dolo eventual para que haya lugar a responsabilidad penal por acción, la determinación de la responsabilidad de mando en aplicación del estándar de imprudencia simple enunciado en el artículo 28 a) i) del ER, se justifica porque:

“(…) el concepto de responsabilidad del superior se [configura] como un delito de omisión propia por el incumplimiento de un deber jurídico, y no

como una forma de intervención en los delitos cometidos por los subordinados. Sin embargo, en el sistema del ER, esta construcción sólo es posible en relación con los dos deberes de reprimir y someter la cuestión a las autoridades competentes, al no operar con respecto a los mismos el nexo de causalidad entre el incumplimiento del superior militar y la comisión del delito por los subordinados previsto en el [artículo] 28(a) ER.

Ahora bien, no cabe, hablar de un delito de omisión propia en los casos de incumplimiento del deber de evitar porque en estos supuestos es plenamente aplicable dicho nexo de causalidad, de manera que lo que se imputa al superior militar es su contribución al delito cometido por sus subordinados. Por esta razón, la introducción en el [artículo] 28(b) (i) ER del estándar “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”, aplicable a los superiores no militares, merece una valoración positiva en cuanto que excluye la imprudencia simple prevista para los superiores militares” (Olasolo, 2013, p. 801).

Finalmente, frente al estándar “hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” contenido en el literal b) i) respecto a superiores no militares o civiles, no hay acuerdo en la doctrina respecto a su naturaleza jurídica. Para Schabas (2017) citado por Olasolo (2013), este estándar requiere de un “conocimiento” y al cual se llega mediante pruebas circunstanciales, además de que “se excluye la imprudencia prevista para los superiores militares” (p. 801-802). Sin embargo, para Werle (2005) se exige un “grado especial de imprudencia” o “imprudencia grave” en el sentido de que, contrario a lo aplicado para superiores militares, no basta con el desconocimiento, sino que se exige que “deliberadamente haya ignorado la información que indicara que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer los delitos” (p. 232). Valga mencionar que la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” no hizo alusión sobre esta cuestión (Olasolo, 2013, p. 802).

En esa medida, la primera interpretación tiende a equiparar el estándar “hubiere tenido conocimiento” con el de “hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”, dejando sin fundamento este último (Olasolo, 2013, p. 802) al no considerar el carácter omisivo del mismo y asumiendo que basta con el simple desconocimiento.

Por otra parte, el criterio de Werle es más coherente con el sentido de la norma al considerar que se trata de un tipo de temeridad consciente o la denominada “culpa consciente”. Además, en comparación con el estándar “tenía razones para creer” planteado por los ETPIY, ETPIR, y ETESL, el estándar “hubiere hecho caso omiso de

información que indicase claramente” resulta ser más exigente (Olasolo, 2013, p. 802).

1.3.3.3. Estándar “tenía razones para saber” de los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL

Respecto a este estándar de conocimiento del superior, las salas de primera instancia del TPIY y TPIR lo han equiparado con el estándar “hubiere debido saber” contenido en el artículo 28 a) i) del ER, al entenderlo como una figura que se deriva de la imprudencia simple. En ese sentido, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el “caso Blaskic” estableció que, “si un comandante ha actuado con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, pero desconoce el hecho de que se van a cometer o se han cometido delitos, no se le puede imputar esa falta de conocimiento”. Sin embargo, aclara que:

“(…) teniendo en cuenta su particular posición de mando y las circunstancias imperantes en ese momento, esa ignorancia no puede constituir una defensa cuando la falta de conocimiento es el resultado de la negligencia en el cumplimiento de sus deberes: este comandante tenía razones para saber en el sentido de lo establecido por el Estatuto”⁴² (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 332).

Contrario a ello, la Sala de Apelaciones del TPIY y TPIR han establecido que “no es necesario que la información proporcione detalles específicos sobre los actos ilícitos cometidos o que van a cometer sus subordinados”⁴³ (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, Judgement, The Prosecutor v. Bagilishema, Case ICTR-95-1A, 3 de julio de 2002, párr. 42).

En igual sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY estableció en el “caso Celebici” y en el “caso Blaskic” que el superior es penalmente responsable a través de la responsabilidad de mando por control efectivo, “sólo si dispone de información que le permita tener conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados”. Sin embargo, el incumplimiento del deber de adquirir ese conocimiento no se encuentra contenido en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto como un delito separado. Por ello, el superior no sería responsable por el incumplimiento de esa disposición, sino solamente por no adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o

⁴² Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/blatj000303e.pdf>

⁴³ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict95-1a/appeals-chamber-judgements/en/020703.pdf>

castigar los delitos (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 226-241; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 62).

Quiere ello decir que es “un estándar más exigente dado que no castiga la mera falta de diligencia del superior al cumplir con su deber de informarse sobre las actividades de sus subordinados” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 469), sino que se necesita que el superior haya recibido información de carácter general “que lo pudiera poner sobre aviso respecto al riesgo en la comisión de delitos por sus subordinados y la necesidad de investigar la situación” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Krnojelac, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 151).

A pesar de lo anterior, la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso *The Prosecutor v. Bagilishema* aclaró que no se requiere el establecimiento de un conocimiento real, ya sea explícito o circunstancial. Tampoco se requiere probar que el superior sabía realmente que se habían cometido o estaban a punto de cometerse delitos. “Basta con probar que el superior tenía algún conocimiento o información general en su poder que le permitiera ponerse al tanto de posibles actos delictivos de sus subordinados” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, Judgement, The Prosecutor v. Bagilishema, Case ICTR-95-1A, 3 de julio de 2002, párr. 28).

Además, respecto al carácter de la información, esta puede ser oral o escrita y no es necesario que se trate de informes específicos presentados de conformidad con un sistema de vigilancia. No es necesario que la información sea específica respecto de los delitos cometidos o a punto de cometer. Sobre el particular, la Sala de Apelaciones en el “caso Celebici” planteó como ejemplo el hecho de que “un superior militar puede ser penalmente responsable cuando haya recibido información de que algunos soldados bajo su mando tienen un carácter violento o inestable, o han estado bebiendo antes de ser enviados a una misión” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 238).

En este caso, el superior militar tiene el conocimiento suficiente y necesario para responder penalmente, cuando teniendo esta información a su disposición, no tomó las medidas necesarias y razonables a fin de prevenir o castigar la comisión de delitos por sus subordinados.

Otro criterio relevante para determinar si el superior “tenía razones para saber” es que a pesar del conocimiento del superior sobre los delitos pasados de sus subordinados y el hecho de no haberlos castigado “es insuficiente para concluir que el superior sabía que el mismo grupo de subordinados cometería delitos similares en el futuro, ello puede constituir, según las circunstancias del caso, una información suficientemente alarmante para justificar una nueva investigación más a fondo”. Al respecto, el hecho de que el superior no castigue un delito pasado del que tiene un conocimiento real, implica con gran probabilidad que sus subordinados lo entiendan como una aceptación o como un estímulo para la comisión de nuevas conductas delictivas (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Strugar, Case IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, párr. 301).

Finalmente, el conocimiento previo no puede implicar responsabilidad penal por no haber investigado y castigado delitos pasados, a menos que esos actos sean de naturaleza similar y que los subordinados que comenten una serie de delitos repetidos de la misma naturaleza formen parte de un mismo “grupo identificable de subordinados”. Además, para que este “deber retroactivo” se aplique, las circunstancias en las que se dieron esos delitos tienen que ser de tal entidad, que los mismos no podrían haberse producido de manera aislada (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, Prosecutor v. Hadzihasanovic et al., Case IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006, párr. 185).

1.3.4. El nexo causal entre la omisión de los deberes del superior y la comisión de delitos por sus subordinados

1.3.4.1. Ausencia de un nexo causal respecto a la omisión del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes

Según los estatutos y jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL no hay mención respecto a un nexo causal entre la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes y la comisión de delitos por parte de sus subordinados, toda vez que el deber de castigar surge necesariamente después de la comisión de los delitos. Al respecto, en el “caso Celebici” el TPIY estableció que “no es posible establecer un nexo causal entre los delitos cometidos por los subordinados y el posterior incumplimiento por parte del superior en su deber de castigar. Quiere decir que el principio de la responsabilidad de mando reconocido en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto y en el derecho consuetudinario, no hacen referencia a un requisito de causalidad como criterio autónomo para determinar dicha responsabilidad” (Tribunal Penal

Internacional para la ex Yugoslavia, Judgment, Prosecutor v. Delalic, et al., Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 400).

En igual sentido, en el caso *Prosecutor v. Halilovic*, el TPIY fue enfático en señalar que:

“(…) la naturaleza de la responsabilidad de mando entendida como una forma de responsabilidad *sui generis* distinta de otras formas de responsabilidad individual, no exige un vínculo causal porque este tipo de responsabilidad se da exclusivamente por la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes. Si se exigiera un nexo causal se modificaría el fundamento y base de la responsabilidad de mando por no prevenir o castigar, en el sentido de que se requeriría la participación del superior en la comisión del delito cometido por sus subordinados, lo que contraría lo establecido por el artículo 7, párrafo 3 del Estatuto” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 78).

Igualmente, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” confirmó lo establecido por los tribunales *ad hoc* al señalar que el nexo causal no es predicable respecto a la omisión del superior de reprimir, castigar o someter el asunto a las autoridades competentes, dado que en este punto se están consumando o ya se encuentran consumados los delitos. Al respecto señaló que el inciso ii) del apartado a) del artículo 28 del ER hace referencia a los deberes de prevenir, reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. “El incumplimiento de los deberes de reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes se originan durante o después de la comisión de delitos, por lo que resulta ilógico aseverar que el incumplimiento de estos deberes causa retroactivamente la comisión de los delitos” (párr. 424). A su vez señaló expresamente que:

“(…) la Sala observa que el incumplimiento de los deberes de un superior durante y después de los delitos puede tener un efecto causal en la comisión de nuevos delitos. Dado que el castigo es parte inherente de la prevención de delitos futuros, es probable que el hecho de que un comandante no haya castigado los delitos en el pasado aumente el riesgo de que se cometan nuevos delitos en el futuro”⁴⁴ (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 424).

⁴⁴ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

Como se observa, en el “caso Bemba” se plantea un criterio adicional con respecto a la omisión del superior en el deber de prevenir, en el cual sí es posible la exigencia de un nexo causal; criterio del que difiere la jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL como se procede a analizar.

1.3.4.2. Exigencia de un nexo causal respecto a la omisión del deber de prevenir

Con respecto al deber de prevenir, en los términos de la Sala de Apelaciones del TPIY tampoco hay lugar a establecer un nexo causal con respecto a la omisión del deber de prevenir, dado que en el caso *Prosecutor v. Blaskic* se señala que:

“(…) la Sala de Apelaciones no está convencida de la afirmación del apelante de que la existencia de causalidad entre el hecho de que un comandante no haya impedido los delitos de sus subordinados y la ocurrencia de esos delitos sea un elemento de la responsabilidad del mando que requiera prueba de la Fiscalía en todas las circunstancias de un caso. Una vez más, es más una cuestión de hecho que debe establecerse caso por caso, que una cuestión de derecho en general”⁴⁵ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgment, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 77; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgment, Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párr. 832).

Valga mencionar que la Sala de Apelaciones del TPIY se apartó del criterio establecido por la Sala de Primera Instancia en el “caso Celebici”, donde se señaló que es posible aplicar el principio de causalidad en la doctrina de la responsabilidad de mando cuando el superior no evitó la comisión de delitos. Tan es así, que la exigencia de un nexo causal puede considerarse necesario e inherente “cuando los delitos cometidos por los subordinados se dan por el fracaso del superior para tomar medidas necesarias y razonables que estén a su alcance con el fin de prevenirlos. En consecuencia, el superior está vinculado causalmente a los delitos, en el sentido de que, si no cumple con su deber de actuar, los actos de sus subordinados no se habrían

⁴⁵ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>

cometido”⁴⁶ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgment, Prosecutor v. Delalic, et al., Case IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 399).

Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY ha sido concluyente al excluir el nexo de causalidad entre la omisión del superior de su deber de prevenir y la comisión de delitos por sus subordinados. Esta posición igualmente se ve reflejada en los casos *Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al.*, y *Prosecutor v. Krnojelac* en los cuales la Sala de Apelaciones consideró que “en la determinación de responsabilidad del superior no se requiere establecer un nexo causal entre la omisión del superior de impedir o prevenir los delitos cometidos por sus subordinados y la ocurrencia de estos. En esa medida, el procesado no está en la obligación de probar la inexistencia de ese vínculo causal” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgment, Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al., Case IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, párr. 40; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgment, Prosecutor v. Krnojelac, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 170-172).

Por su parte, y según Meloni (2007), un argumento a favor de la exigencia de un nexo causal entre la omisión del superior en el deber de prevenir y la comisión de delitos por sus subordinados, es que:

“(…) la omisión del superior está vinculada causalmente con el delito, ya que al no acatar su “deber de supervisión” el superior ha contribuido con la comisión de los delitos. Además, el artículo 28 del ER plantea un doble vínculo causal. Por una parte, hay un nexo causal entre la omisión del superior al no haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados y la comisión de delitos. Y en segundo lugar, existe un nexo causal entre el fracaso del superior en la adopción de medidas apropiadas para prevenir o castigar los delitos y la comisión de estos” (p. 636).

Quiere decir que aun cuando el superior tome las medidas apropiadas para prevenir, esta obligación persiste después de cometidos los delitos en el sentido de que el deber de castigar es parte del deber de prevención en la comisión de delitos futuros. En consecuencia, si un superior no castiga los delitos ya consumados, aumenta el riesgo de que se cometan nuevos delitos a futuro.

Ello tiene fundamento en lo establecido por la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” cuando sostiene que el literal a) del artículo 28 del ER establece un vínculo causal entre la comisión de delitos subyacentes y la falta de control apropiado del superior.

⁴⁶ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

En la expresión “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, se evidencia claramente ese nexo causal a manera de interpretación literal que hace la Sala, y que “es coherente con el principio de interpretación estricta contenido en el párrafo 2 del artículo 22 del ER, como parte del principio *nullum crimen sine lege*” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 423).

Para Olasolo (2013), la naturaleza de este nexo causal dependerá de una de dos situaciones:

“(…) (i) si la no evitación por parte del superior da lugar a su responsabilidad principal por los delitos de los subordinados, por tratarse supuestos de “comisión por omisión”; o (ii) si, por el contrario, da lugar a la responsabilidad accesoria del superior, por tratarse más bien de casos de participación (normalmente por cooperación) en los delitos cometidos por terceros” (p. 795).

En ese sentido, es necesario ahondar en la naturaleza jurídica de la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo tal y como se procede a desarrollar.

1.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo

1.4.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo en los artículos los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL

Los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL hacen referencia a la responsabilidad de mando por control efectivo con la particularidad de que hay ausencia de nexo causal entre la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes y la comisión de delitos por sus subordinados. Quiere decir que “un superior es penalmente responsable, no por los crímenes de sus subordinados, sino por el incumplimiento de sus deberes como superior en el ejercicio del control efectivo” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Judgement, Prosecutor v. Krnojelac*, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 171).

En esa medida, y según Olasolo (2013), la naturaleza de la responsabilidad de mando en los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL es la de la omisión propia, lo que implica “la exclusión de toda responsabilidad del superior por los delitos específicos cometidos por sus subordinados” (p. 811).

En otras palabras, los superiores responderían penalmente por:

“(…) el incumplimiento de sus deberes de prevenir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes y en consecuencia, de acuerdo con el principio de culpabilidad (que requiere adecuar el castigo penal a las características del hecho punible del que surge la responsabilidad), las penas que corresponderían a los superiores deberían ser notablemente más leves que aquellas previstas para los subordinados que son responsables de crímenes internacionales” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 473).

Pese a lo anterior, en la práctica judicial del TPIY, TPIR y el TESL, la responsabilidad penal imputada a los superiores y las penas impuestas son menores que aquellas impuestas en casos de contribución a la comisión de delitos cometidos por sus subordinados, por acción u omisión, o a título de autoría o participación. Además, estos títulos de imputación y responsabilidad “en aplicación de la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo, en la jurisprudencia han hecho referencia a delitos cometidos por los subordinados que sean carácter internacional como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” (Olasolo, 2013, p. 812).

En esa medida, la práctica jurisprudencial no se ajusta a la definición de la responsabilidad de mando por control efectivo desde la responsabilidad por omisión propia. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Prosecutor v. Halilovic* sentó su posición en el sentido de limitar la imputación en aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo, al incumplimiento de los deberes del superior. Al respecto, señaló que:

“(…) según el artículo 7.3, la responsabilidad de mando es responsabilidad por una omisión. El comandante es responsable de la no realización de un acto exigido por el derecho internacional. Esta omisión es culpable porque el derecho internacional impone a los superiores el deber afirmativo de prevenir y castigar los delitos cometidos por sus subordinados”⁴⁷ (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 54).

Además, la acepción “por los actos de sus subordinados” contenida en el artículo 7(3) ETPIY y en la jurisprudencia del TPIY, no implica que el superior responda en igual medida que sus subordinados, sino que, debido a los delitos cometidos por sus subordinados, el superior es responsable por su omisión. Quiere decir que para el

⁴⁷ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/halilovic/tjug/en/tci051116e.pdf>

TPIY la imposición de responsabilidad al superior “por el incumplimiento de su deber debe sopesarse con los delitos de sus subordinados. En ese sentido, el superior es responsable no como si hubiera cometido el delito él mismo, sino que su responsabilidad se considera en proporción a la gravedad de los delitos cometidos por los subordinados” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 54).

Sin embargo, es importante mencionar que el argumento del TPIY contiene una contradicción lógica: a pesar de considerar que el superior es responsable por su omisión y debido a los delitos cometidos por sus subordinados, forzosamente separa ambos estadios con el fin de no comprometer su posición con la de un nexo causal en el que la comisión de los delitos por los subordinados se derivó de la omisión del superior de prevenir, reprimir, castigar y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, como sí se reconoce en el artículo 28 del ER.

Por otra parte, autores como Werle y Jessberger (2014) consideran que “la responsabilidad de mando no es un tipo de responsabilidad por omisión propia, en el entendido de que no se ajusta a la teoría dogmática del derecho penal comparado por haber sido adoptada de manera autónoma como una figura del DPI y el DIH” (Werle y Jessberger, 2014, p. 128; Olasolo y Canosa, 2018, p. 474).

En esa medida, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo es *sui generis*, tal y como lo ha aseverado el TPIY al establecer que “el principio de responsabilidad del superior aplicado por no haber cumplido con los deberes que le son propios es reconocido no sólo en el ETPIY, sino también en el derecho internacional consuetudinario. Además, la ausencia de un nexo causal es un elemento que se separa de la doctrina de la responsabilidad de mando” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 171).

Con todo, la responsabilidad de mando por control efectivo surge “cuando la falta de castigo del comandante contribuye a los delitos al permitir que continúen; un entendimiento que es coherente con el principio de culpabilidad”⁴⁸ (Robinson, 2012, p. 27), aun cuando no se considere un nexo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión de delitos por los subordinados en el ETPIY, ETPIR y ETESL.

⁴⁸ Traducción propia. Documento original disponible en: file:///C:/Users/ASUS_PC/Downloads/SSRN-id1950770.pdf

1.4.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo en el artículo 28 del ER

Por su parte, el artículo 28 del ER hace referencia al nexo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Valga reiterar que la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” estableció que:

“(…) el nexo causal no es aplicable respecto a la omisión del superior de reprimir, castigar o someter el asunto a las autoridades competentes, dado que en este punto se están consumando o ya se encuentran consumados los delitos. El incumplimiento de los deberes de reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes se originan durante o después de la comisión de delitos, por lo que resulta ilógico aseverar que el incumplimiento de estos deberes causa retroactivamente la comisión de los delitos. Pero ello sin perjuicio de que el hecho de que un comandante no haya castigado los delitos en el pasado aumente el riesgo de que se cometan nuevos delitos en el futuro” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 424).

Como se observa, en lo que respecta a la omisión de los deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes es posible afirmar que la naturaleza de la responsabilidad de mando por control efectivo sería similar a la definida por los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL (Olasolo y Canosa, 2018, p. 475), al tratarse de una responsabilidad por omisión propia. Ello bajo el entendido de que:

“(…) al superior no se le estaría castigando por su contribución omisiva a la comisión de los delitos realizados por sus subordinados, sino por el incumplimiento de su deber de reprimirlos poniendo fin a los mismos, castigando a sus autores materiales, y, en caso de no tener la facultad para sancionarlos directamente, sometiendo la cuestión a las autoridades competentes. En este contexto, la comisión de los delitos por parte de los subordinados constituye el prerequisite necesario para la activación de estos deberes del superior” (Olasolo, 2013, p. 813).

Respecto al nexo causal, en la expresión “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” del artículo 28 del ER se evidencia claramente ese nexo causal y que “es coherente con el principio de interpretación estricta del párrafo 2 del artículo 22 del ER como parte del principio *nullum crimen sine lege*” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 423).

En ese sentido y sobre el deber de prevenir, se requiere “probar que la omisión del superior tuvo un “efecto favorecedor” del delito, pues de lo contrario, aun cuando haya incumplido con el deber de prevenir, el superior no es responsable por los delitos de sus subordinados” (Olasolo, 2013, p. 813). En este punto la naturaleza jurídica del artículo 28 del ER difiere de la de los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6(3) ETESL dado que no se imputa responsabilidad por el incumplimiento de los deberes del superior sino por “la contribución a la comisión del delito por sus subordinados a través de dicho incumplimiento (si la omisión no contribuye suficientemente a la comisión del delito, entonces no resulta penalmente relevante, y por lo tanto, no da lugar a sanción penal)” (Olasolo, 2013, p. 813).

A primera vista y de acuerdo con Olasolo (2013), la frase “en razón de” contenida en el artículo 28 a) y b) del ER pareciera indicar que “los superiores deben ser considerados como autores bajo la figura de la comisión por omisión u omisión impropia” (p. 813-814). Ello implicaría que los superiores:

“(…) deben cumplir con los mismos elementos subjetivos exigidos para la comisión por activa de los delitos. Además, ello originaría la exigencia de que el superior deba cumplir con el elemento subjetivo general requerido por el artículo 30 del ER (ya sea por dolo directo o por dolo eventual) y la necesidad de que haya omitido su deber de prevenir bajo un dolo especial exigido por los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” (Olasolo, 2013, p. 814).

Respecto al elemento subjetivo general contenido en el artículo 30 del ER, este ha sido interpretado de manera diversa por la SCP I, la SCP II y la SPI I de la CPI tal y como se observa a continuación:

Tabla 5. Interpretaciones del artículo 30 del ER sobre el elemento subjetivo general

Salas de la CPI	Interpretaciones del artículo 30 del ER
Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I)	Se entiende desde el dolo eventual: Se genera cuando una acción implica un riesgo y el agente asume como probable la generación del resultado dañoso, pero aún sigue actuando. Es decir que deja librado al azar la no producción de dicho resultado.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II)	<p>Se entiende desde el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado.</p> <p>Dolo directo de primer grado: Se genera cuando el agente se propone o tiene la intención de causar un resultado dañoso y tiene conciencia de ello.</p> <p>Dolo directo de segundo grado: Se genera cuando el resultado dañoso no es el objetivo principal del agente, pero este sabía que el mismo se iba a producir con el fin de cumplir dicho objetivo.</p>
Sala de Primera Instancia I (SPI I)	<p>Se entiende desde el dolo eventual pero solamente si el nivel del riesgo es considerable o sustancial.</p>

En consecuencia, para que el superior responda penalmente bajo la figura de la comisión por omisión se le exigiría que:

“(…) tenga certeza plena (dolo directo en primer o segundo grado) o sea consciente del riesgo (dolo eventual) de que i) los subordinados se proponían o se disponían a cometer los delitos y ii) el hecho de no adoptar medidas necesarias y razonables para prevenir los delitos implica crear o aumentar el riesgo de su comisión. Sin embargo, como se ha observado en el análisis del elemento subjetivo del artículo 28 del ER, no es necesario que el superior cumpla con el elemento subjetivo general del artículo 30 del ER, sino que, por el contrario, solamente se requiere que cumpla con el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber” para el caso de superiores militares. Con respecto a superiores no militares o civiles, se exige un estándar de imprudencia grave o temeridad consciente, que resulta menos gravoso que el dolo eventual” (Olasolo, 2013, p. 814).

Así pues, la omisión del superior en tomar medidas necesarias y razonables “con el fin de prevenir la comisión de delitos no puede ser vista desde la figura de la comisión por omisión, sino que se debe valorar como un tipo de responsabilidad accesoria, donde la omisión en el deber de prevenir del superior facilita la comisión de delitos por parte de sus subordinados” (Olasolo, 2013, p. 815).

Tomando en cuenta las diferencias presentadas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo dependiendo de si se trata del deber de prevenir o del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, conviene clarificar estas distinciones en la siguiente tabla:

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Tabla 6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo de acuerdo con los deberes del superior

Deberes del superior	Naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo
Deber de prevenir	<p>“Se trata de una responsabilidad accesoria por la contribución omisiva en la comisión de los delitos por parte de los subordinados. Es decir que la omisión en el deber de prevenir del superior facilita la comisión de delitos por parte de sus subordinados.</p> <p>No es aplicable el estándar de imprudencia simple, ni la omisión propia porque hay un nexo causal entre la omisión del superior en prevenir los delitos y la comisión de estos por sus subordinados.</p> <p>Al superior le es imputable su contribución a los delitos cometidos por sus subordinados” (Olasolo, 2013, pp. 815-816).</p>
Deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes	<p>“Se trata de una responsabilidad por omisión propia porque el superior incumple con sus deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, y no se debe valorar como una forma de participación en los delitos cometidos por los subordinados.</p> <p>Es aplicable el estándar de imprudencia simple porque no hay un nexo causal entre la omisión del superior con sus deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes (que nacen durante o después de la consumación de delitos), y la comisión de delitos por sus subordinados” (Olasolo, 2013, pp. 815-816).</p>
Elemento en común	<p>En ninguno de los deberes se aplica la figura de la comisión por omisión u omisión impropia, dada la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo.</p>

En virtud de lo anterior, se comparte la posición de Olasolo (2013) en el entendido de que resulta necesario que en “las actuaciones procesales que se lleven a cabo en la CPI, tales como órdenes de arresto, decisiones de confirmación de cargos y sentencias se precise la naturaleza de la omisión del superior dado que de ello depende la naturaleza de su responsabilidad, así como el grado de imposición de la pena en virtud del principio de culpabilidad” (p. 816).

Finalmente, tomando en cuenta la enunciación que se ha hecho en este capítulo de los estándares internacionales sobre la responsabilidad de mando por control efectivo, y la definición de su naturaleza jurídica, se procede a analizar su tratamiento jurídico en el Derecho Interno, así como sus falencias y limitantes.

2. Capítulo segundo. La responsabilidad de mando por control efectivo en el Derecho Interno: aplicación y límites

Antes de la adopción del Acto Legislativo 01 de 2017 en el Derecho Interno Colombiano, sólo se hizo referencia a la responsabilidad de mando por control efectivo de manera expresa, en las Reglas Operaciones de la Fuerza Pública. Quiere decir que en el marco jurisprudencial hay ausencia de referencia a este tipo de responsabilidad como figura autónoma (Olasolo y Canosa, 2018, p. 476-477), a diferencia de lo planteado por los estándares internacionales tal y como se observó precedentemente. En esa medida, para determinar la responsabilidad penal de superiores militares en Colombia, desde la jurisprudencia se ha venido asemejado la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo con categorías penales como la comisión por omisión o la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Como consecuencia, las omisiones del superior que no se adecúen a la naturaleza jurídica de las figuras aplicadas en Colombia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, no serían constitutivas de actos punibles. El resultado de ello es que esta falencia se vio reproducida en el Acto Legislativo 01 de 2017 en la determinación de la responsabilidad de mando por control efectivo, mediante el artículo transitorio 24 (Olasolo y Canosa, 2018, p. 477).

A continuación, se procede a analizar cada una de las categorías penales mediante las cuales se ha entendido la responsabilidad de mando por control efectivo en Colombia, así como su falta de observancia con respecto a los estándares internacionales.

2.1. Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo desde la teoría de la comisión por omisión u omisión impropia por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

De acuerdo con la Corte Constitucional (CC), a pesar de que el ER contiene artículos que no se comparecen con la Constitución Política (CP), ello no ameritó su declaración de inexecutable, toda vez que la Constitución ya había sido modificada mediante el Acto Legislativo 02 de 2001 que tenía por fin el incorporar dicho estatuto en el ordenamiento interno. Además, las normas del ER tienen efectos en el ámbito de competencia de la CPI cuando se activa el principio de complementariedad. En ese sentido, sus disposiciones no reemplazan ni modifican las leyes internas. Quiere decir que quien incurra en un delito en el territorio nacional se le aplicará las leyes internas y será juzgado por los jueces nacionales (Corte Constitucional, C-290 de 2012, p. 35).

Luego de ello, mediante la sentencia C-578 de 2002 la CC realiza un examen de constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 que aprueba la adopción del ER en Colombia. En dicho pronunciamiento, la CC reconoció que el artículo 28 a) del ER consagra la doctrina de la responsabilidad de mando por control efectivo, pero la entiende como aquella que “se aplica al superior militar, o el que actúe efectivamente como tal, porque es garante de las conductas de sus subordinados” (Corte Constitucional, C-578 de 2002, p. 135). En consecuencia, asemeja la responsabilidad de mando con la teoría de la comisión por omisión o la posición de garante del superior.

Como justificación de lo anterior, cita la sentencia SU-1184 de 2001 en la cual se define la doctrina de la posición de garante o de la comisión por omisión, como el hecho de que los superiores militares tienen “la obligación –en tanto que garantes– de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos” (Corte Constitucional, C-578 de 2002, p. 136). En esa medida, el superior tiene la obligación de evitar que hechos atentatorios contra los derechos humanos se produzcan.

Igualmente, considera la CC que “la posición de garante implica que el título de imputación de responsabilidad se hace por graves crímenes internacionales sin tomar en cuenta la forma de intervención en el delito, ya sea por autoría o participación, o la atribución subjetiva del mismo, ya sea por dolo o imprudencia” (Corte Constitucional, C-578 de 2002, p. 137). Sin embargo, esta posición contraviene lo establecido por los estándares internacionales en torno a la naturaleza jurídica de

la responsabilidad de mando por control efectivo y dependiendo de la omisión del superior, ya sea en su deber de prevenir, o en su deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, en el sentido de que para dichos estándares es relevante determinar si se trató de una contribución por responsabilidad accesoria o de imprudencia simple.

Respecto a la extensión de responsabilidad penal a superiores civiles, la CC considera que “se trata de un trato diferenciado introducido por el ER y autorizado por el Acto Legislativo 02 de 2001. En esa medida, los civiles que tengan bajo su control efectivo a subordinados también pueden responder penalmente cuando no ejercen el control apropiado sobre estos” (Corte Constitucional, C-578 de 2002, p. 137).

Con todo y según Cote-Barco (2016) el tratamiento de la responsabilidad penal de superiores militares en Colombia ha tenido fundamento en el artículo 25 del Código Penal Colombiano (CPC) mediante el cual se regula la figura de la omisión impropia o la comisión por omisión.⁴⁹ En tal sentido, se tiene que:

“(…) esta disposición normativa ha sido interpretada por la CC y la Corte Suprema de Justicia (CSJ) a partir de lo establecido por el doctrinante Günther Jakobs, en torno a la diferencia entre la **competencia por organización** (en el marco de sus actividades se han creado riesgos que en principio son permitidos y de los cuales se derivan deberes de seguridad en el tráfico, pero cuando estos fallan se les exige deberes de salvamento, es decir, la adopción de medidas encaminadas a evitar que dicho riesgo genere daños) y la **competencia institucional** (al ser parte de una institución, tienen el deber irrenunciable de defender los derechos de los ciudadanos dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial), aun cuando el riesgo provenga de un tercero). Valga aclarar que la jurisprudencia interna se ha enfocado en casos de omisión sobre delitos de terceros a quienes los superiores militares deben combatir y no en la omisión del superior con respecto a los delitos de los subordinados (relación superior-subordinado), como sí se contempla en los estándares internacionales” (pp. 76-78).

Quiere decir lo anterior que otra falencia en la interpretación que se hace desde el Derecho Interno, es que se endilga responsabilidad penal del superior cuando el

⁴⁹ El artículo 25 del CPC establece que: “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, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

control efectivo del mismo hacia sus subordinados está determinado sobre la conducta punible de estos y no en torno a la relación superior-subordinado, lo que se aparta de los estándares internacionales.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la CSJ en el estudio del caso contra el General del Ejército Nacional Jaime Humberto Uscátegui por su participación en la “masacre de Mapiripán (Meta)”⁵⁰ estimó que el superior militar es penalmente responsable cuando tiene una posición de garante, donde en este caso específico, el General Uscátegui fue condenado “por ser autor de una conducta cometida por omisión dada su condición de garante de la vida de los habitantes del municipio de Mapiripán” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 35113, 2014, p. 80).

Respecto a si en este caso se trata de una competencia por organización o una competencia institucional, la CSJ señaló que:

“(…) en la posición de garante que surge de la competencia institucional, aquí por tratarse de miembros de la fuerza pública, el deber jurídico proviene de lo normado en el artículo 2º de la Carta, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 35113, 2014, p. 107).

Sin embargo, la CC fue más enfática al señalar que la posición de garante proviene no sólo de la competencia institucional, sino también de la competencia por organización. Al respecto toma como referente el caso Yamashita para establecer que la competencia por organización implica el deber del superior de “tomar medidas especiales para evitar que las personas que están bajo su control efectivo ejecuten delitos. En consecuencia, si el superior no previene la comisión de delitos por parte de sus subordinados, pudiendo hacerlo, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional” (Corte Constitucional, SU-1184 de 2001, p. 34).

Frente a la competencia institucional la CC establece que los superiores militares son garantes cuando hay una relación especial con la sociedad y de la cual se derivan deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es el deber de proteger la vida e integridad de los ciudadanos. En ese sentido, se requiere

⁵⁰ En hechos ocurridos entre el 15 y 20 de julio de 1997, grupos paramilitares asesinaron a aproximadamente 49 miembros de la población civil con conocimiento y colaboración del Ejército Nacional.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

que, “dentro de su ámbito de competencia material, funcional y territorial, el superior tenga el deber de proteger derechos, y en caso de faltar con este deber cuando no inicia la “acción de salvación” teniendo la posibilidad material de hacerlo, responde penalmente por los daños o violaciones a los derechos humanos en contra de la ciudadanía, aun cuando ese daño haya sido producido por un tercero” (Corte Constitucional, SU-1184 de 2001, p. 34).

Pese a todo, la figura de la comisión por omisión u omisión impropia no da cuenta de la naturaleza jurídica autónoma de la responsabilidad de mando por control efectivo, tal y como ha sido definida por los estándares internacionales respecto del deber de prevenir, así como del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes. En esa medida, la jurisprudencia colombiana sobre el particular no toma en cuenta que este tipo de responsabilidad “se configura cuando hay responsabilidad accesoria por omisión respecto del deber de prevenir, o cuando se trata de una responsabilidad por omisión propia o imprudencia simple respecto del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes” (Olasolo y Canosa, 2018, pp. 478-479). Por el contrario, tiende a confundir las categorías penales porque exige para la determinación de responsabilidad penal, el cumplimiento de los requisitos que se presentan a continuación, en contraste con los estándares internacionales y en virtud de lo establecido por Cote-Barco (2016) citado por Olasolo y Canosa (2018):

Tabla 7. Comparativo entre la jurisprudencia nacional y los estándares internacionales sobre la determinación de responsabilidad penal del superior militar

Jurisprudencia nacional (CC y CSJ). Teoría de la comisión por omisión u omisión impropia		Estándares internacionales sobre los deberes del superior	
Elemento objetivo	Se exige un nexo causal entre el incumplimiento del deber de prevenir y los delitos cometidos por los subordinados, pero a manera de “cláusula de equiparación”, en la que “la omisión del superior debe facilitar de manera considerable la comisión de delitos por los subordinados” (Olasolo, 2013, pp. 815-816). Es decir que la omisión es equiparable a la comisión activa de delitos.	Deber de prevenir	Se trata de “contribución meramente omisiva en la comisión de los delitos por parte de los subordinados. Es decir que la omisión del superior en el deber de prevenir facilita la comisión de delitos por sus subordinados, por el nexo causal entre ambos estadios” (Olasolo, 2013, pp. 815-816).

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

Elemento subjetivo	No es suficiente la imprudencia del superior “contenida en el artículo 28 del ER, sino que la omisión debe ser dolosa” (Olasolo, 2013, pp. 815-816), como si se tratara de una comisión activa del delito.	Deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes	Se trata de una responsabilidad “por omisión propia e imprudencia simple porque el superior incumple con sus deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes” (Olasolo, 2013, pp. 815-816).
---------------------------	--	--	---

Como se observa, en una primera lectura respecto del elemento objetivo y el deber de prevenir, tanto en la jurisprudencia nacional como en los estándares internacionales se comparte la existencia de un vínculo causal en el que la omisión del superior en el deber de prevenir facilita la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Sin embargo, en la jurisprudencia nacional se entiende dicha omisión como aquella equiparable a la comisión activa de delitos, lo cual desnaturaliza el concepto de omisión en sí mismo, que es más claro en los estándares internacionales.

Del mismo error dogmático adolece la jurisprudencia nacional en torno al elemento subjetivo, cuando aplica la “cláusula de equiparación” incluyendo como requisito de *mens rea* que la omisión deba ser dolosa (ya sea dolo directo en primer o segundo grado o dolo eventual). Ello contraviene el estándar internacional respecto del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes en el cual basta con el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber” para el caso de superiores militares. En consecuencia, los estándares internacionales son más exigentes con respecto al elemento subjetivo, en contraste con la jurisprudencia nacional sobre la materia.

Con todo, la teoría de la comisión por omisión u imprudencia impropia no se ajusta a la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo, y tampoco resulta suficiente para determinar la responsabilidad penal de superiores militares por las razones expuestas.

2.2. Aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo como figura autónoma por la Jurisdicción de Justicia y Paz y aplicación desde la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por la Corte Suprema de Justicia

Contrario a lo establecido por la CC y la CSJ, la Jurisdicción de Justicia y Paz (JJP) que fue creada mediante la Ley 975 de 2005⁵¹ ha sido la única jurisdicción a nivel interno que ha aplicado la teoría de la responsabilidad de mando por control efectivo como figura jurídica autónoma. En esa medida, en la etapa de legalización de cargos contra José Gregorio Mangones Lugo⁵² y Omar Enrique Martínez Ossias⁵³, exmiembros y exjefes paramilitares del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá estableció en la decisión de control formal y material de legalidad de los cargos, que como superiores no eran responsables a título de coautoría porque no existió un plan común con sus subordinados ni una división de tareas. También señaló que “no serían responsables a título de autoría mediata en aparatos organizados de poder, ya que nunca tuvieron dominio del hecho ni dieron la orden directa de que se cometieran los crímenes” (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Rad. 1215-1233, 2011, párr. 603).

Como consecuencia, la Sala de Justicia y Paz aplicó los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo acudiendo al Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra, y reafirmando que esta figura está compuesta por los siguientes elementos:

“i) existencia de una relación superior-subordinado; ii) omisión del superior en la adopción de todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir, castigar y someter a autoridad competente los crímenes cometidos por sus subordinados (elemento objetivo) y iii) el conocimiento que tenía o debería haber tenido sobre la comisión de dichos crímenes (elemento subjetivo). En ese sentido, confirmó los cargos contra Mangones y Martínez a título de responsabilidad de mando por control

⁵¹ Mediante esta ley se crea y desarrolla el proceso de paz y reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, como lo fue el grupo armado paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

⁵² Alias “Carlos Tijeras”. Perteneció al Frente “William Rivas” del Bloque Norte de las AUC que tenía injerencia en los municipios de Fundación, Aracataca, El Retén, Pueblo Viejo, Ciénaga y Zona Bananera, donde se perpetraron graves crímenes en contra de la población civil.

⁵³ Alias “Maicol”. Perteneció igualmente al Frente “William Rivas” del Bloque Norte de las AUC y a otras unidades móviles que daban apoyo a otros frentes de las AUC.

efectivo” (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Rad. 1215-1233, 2011, párr. 392-393).

Posteriormente, en la decisión del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y la representación de las víctimas, la Sala de Casación Penal de la CSJ estableció que la responsabilidad de mando por control efectivo no se encuentra explícitamente contemplada en el ordenamiento jurídico interno como figura autónoma, sino que para el caso concreto es aplicable la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, a partir del artículo 29 del Código Penal Colombiano⁵⁴.

En esa medida, establece la Sala que a partir de dicha norma penal colombiana se ha venido desarrollando el concepto de autoría mediata, como la figura mediante la cual el autor “se vale de quien actúa atípica o justificadamente y su fundamento también se halla en la figura del determinador, pues el autor mantiene el dominio del hecho en el modo de dominio de la voluntad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 38250, 2014, p. 21).

Además, asevera la CSJ que en un contexto de justicia transicional es aplicable la autoría mediata en aparatos organizados de poder entendida como la intervención plural de un conjunto de personas que se articulan de manera jerárquica y con subordinación a través de una organización ilegal. Igualmente, señala que esta teoría debe entenderse desde la metáfora de la cadena según la cual:

“(…) En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan. Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consume la conducta punible, sucede que el

⁵⁴ El artículo 29 del CPC establece que: “(...) También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.”

mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32022, 2009, pp. 122-123; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29221, 2009, pp. 51-53).

En virtud de lo anterior y según Roxin (2009) citado por Adler (2018), este tipo de autoría es atribuible a quien esté detrás del hecho o a quien se le denomina “hombre de atrás”. Además, “responden más severamente quienes se encuentran en los extremos de la cadena, es decir, el superior que emite las órdenes a sus subordinados valiéndose de una cadena de mando” (p. 41).

Quiere ello decir que este tipo de autoría se determina por la concurrencia de requisitos como: “i) el dominio de la organización por parte de los autores mediatos; ii) la fungibilidad o facilidad de intercambio de los subordinados o autores materiales del hecho punible, y iii) el carácter ilegal del aparato organizado de poder” (Suárez, 2010, p. 18).

Como se observa, para el entendimiento de la autoría mediata en aparatos organizados de poder se debe precisar el concepto de **dominio del hecho**, que consiste en que el superior por su posición fácticamente domina los hechos criminales ejecutados por sus subordinados; de manera que no es necesario identificar el grado de coacción o si existió violencia física o verbal. Sin embargo, “no resulta suficiente probar el dominio del hecho para determinar la autoría mediata, sino que se requiere del **dominio de la voluntad**” (Márquez, 2009, p. 171), en el cual, el autor mediato tiene la facultad de controlar la voluntad del ejecutor material o directo del hecho punible, que solamente posee el control de la acción (Huertas, et al., 2013, p. 85).

Para Ambos (1998), el dominio de la voluntad puede ser determinado bajo las siguientes modalidades:

1. “Cuando se coacciona a quien actúa o ejecuta el delito para ser usado como “factor causal ciego”, es decir que existe un dominio bajo coacción o error.
2. Cuando el subordinado no es coaccionado ni engañado, es un sujeto que es susceptible de ser fungible o intercambiado fácilmente.
3. Cuando hay dominio de voluntad en virtud de un aparato organizado de poder, que también se denomina **dominio por organización**, que implica que

el funcionamiento del aparato organizado está siempre a disposición del hombre de atrás” (p. 14).

Pero para que ese dominio por organización exista se requiere de un “instrumento”, que es definido por Roxin (2006) como aquel que “posibilita al hombre de atrás el cumplimiento y ejecución de sus órdenes”. Quiere decir que el instrumento es el aparato organizacional en sí mismo, que está compuesto por varios subordinados que:

“(…) cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide” (p.15).

Con todo, para la CSJ la atribución de responsabilidad penal a través de la autoría mediata en aparatos organizados de poder implica que el superior o el “hombre de atrás” utiliza y domina a sus subordinados como instrumentos, sin que exista un acuerdo, ya sea tácito o expreso, y con el fin de que se realice el hecho punible (Aponte, 2011, pp. 245). Pero aclara la CSJ en el caso de la masacre de Macayepo⁵⁵, que “los delitos son imputados tanto a los superiores a título de autores mediatos, como a quienes los ejecutan directamente, dado que toda la cadena actúa con conocimiento y dominio del hecho” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32805, 2010, pp. 77-78).

En virtud de lo anterior, la CSJ no se acogió a lo decidido por la Sala de Justicia y Paz, sino que para el caso contra Mangones y Martínez decidió atribuir responsabilidad penal “a título de autores mediatos en aparatos organizados de poder, dejando de lado la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo como figura autónoma” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 38250, 2012, p. 155). Como consecuencia de ello, las Salas de Justicia y Paz han variado su jurisprudencia y han adoptado la posición de la CSJ “aun cuando sigan considerando que la autoría mediata en aparatos organizados de poder no es aplicable cuando no es posible probar que el superior tuvo dominio del hecho respecto de crímenes de sus subordinados” (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Rad. 1177, 2017, párr. 287; Olasolo y Canosa, 2018, p. 480).

⁵⁵ El 14 de octubre de 2000 en el corregimiento de Macayepo (Bolívar), las AUC asesinaron alrededor de 12 campesinos y 246 familias fueron forzosamente desplazadas. En sentencia del 23 de febrero de 2010 (Rad. 32805), la CSJ condenó al exsenador Álvaro García Romero por auspiciar la masacre y financiar a las AUC.

Valga aclarar que la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por parte de la CSJ en casos de responsabilidad del superior resulta errada y no da cuenta de la naturaleza autónoma de esta figura jurídica. Ello en el entendido de que, desde el elemento subjetivo, exige la existencia de un acuerdo común y el convencimiento sobre el dominio del hecho por parte del superior (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32805, 2010, p. 44). Ello implica que “no basta con la omisión imprudente del superior militar tal y como lo estipula el artículo 28 del ER, sino que exige que su conducta se efectúe necesariamente con el elemento subjetivo o dolo como se requiere para delitos cometidos por activa” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 481).

Por otra parte, y desde el elemento objetivo, la CSJ exige “el co-dominio funcional del hecho punible y un aporte significativo por parte del superior para la comisión de los crímenes” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32805, 2010, p. 44-47). Ello implica que se exige un control efectivo por parte del superior no sólo sobre sus subordinados para que se pueda predicar una relación superior-subordinados, sino también sobre la conducta punible de estos (Olasolo y Canosa, 2018, p. 481), lo cual resulta contradictorio y desnaturaliza el concepto de la responsabilidad de mando por control efectivo.

Como se observa, la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados igualmente implica que se desconozcan varios elementos como:

“(i) el incumplimiento por los superiores militares de su deber de prevenir, en tanto en cuanto (a) no tenga el impacto necesario sobre la conducta punible del subordinado como para afirmar que el superior ejerció el control efectivo sobre la misma; o (b) no se lleve a cabo con el elemento subjetivo exigido para la comisión activa del hecho punible; (ii) todo incumplimiento por los superiores militares de sus deberes de reprimir y enviar los crímenes internacionales de sus subordinados a las autoridades competentes (la omisión del superior no puede generar impacto ninguno sobre los crímenes previamente consumados de sus subordinados); y (iii) todo incumplimiento por los superiores civiles de sus obligaciones de prevenir, reprimir o enviar la cuestión a las autoridades competentes, que se produzca en el seno de organizaciones que no cumplen con las característica necesarias para la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 481).

En esa medida, la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder para atribuir responsabilidad penal a superiores militares resulta dogmáticamente inadecuada, dado que, respecto del deber de prevenir, se trata más bien de una contribución omisiva y no por acción para la comisión de delitos. Quiere decir que en este caso al superior militar le es imputable su contribución por omisión a los delitos cometidos por sus subordinados.

Finalmente, en relación con los deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, la atribución de responsabilidad es a título de omisión propia o mediante el estándar de imprudencia simple. No existe un nexo causal entre la omisión del superior con sus deberes de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes y la comisión de delitos por sus subordinados. En consecuencia, no se requiere del dominio del hecho ni del elemento doloso como sí se exige en la comisión de delitos por acción.

2.3. Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en las reglas operacionales de la Fuerza Pública Colombiana

Por parte de la Fuerza Pública Colombiana, más específicamente las Fuerzas Armadas (FFAA), se hace referencia a la responsabilidad de mando de superiores militares en el Derecho Operacional. En la “Política Integral de DDHH y DIH” del Ministerio de Defensa se menciona la necesidad de “constituir un Derecho Operacional entendido como el conjunto de normas que regulan el planteamiento, ejecución y evaluación de las operaciones de la Fuerza Pública, y en el cual se integran tratados y jurisprudencia internacional en la normativa interna” (Ministerio de Defensa, 2008, párr. 32-33).

Respecto a la responsabilidad de mando por control efectivo se aclara que en el marco de actividades de la Fuerza Pública es imprescindible el cumplimiento de obligaciones, en torno al respeto y garantía de los derechos humanos. En ese sentido, “los superiores militares deben tener presente el marco jurídico de la responsabilidad de mando y con el fin de hacer efectiva la disciplina operacional” (Ministerio de Defensa, 2008, párr. 35).

En desarrollo de lo anterior, la guía titulada “Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: hoja de ruta del Ejército Nacional” establece que en el marco de actividades de la Fuerza Pública y de las Fuerzas Militares, los superiores militares deben responder no sólo por acto y sino también por omisión, respecto de sus deberes jurídicos y sobre el actuar de sus subordinados (Ejército Nacional de Colombia, 2009, p. 257). Quiere ello decir que, desde la doctrina militar de la Fuerza

Pública, o más específicamente de las Fuerzas Militares, en principio se admite la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo sobre las omisiones del superior militar.

Como se observa, los superiores militares responden penalmente de acuerdo con el artículo 25 del CPC cuando se trata de la omisión en la adopción y cumplimiento de sus deberes jurídicos, los cuales se derivan de su posición de garante dentro de su ámbito de dominio o competencia territorial. Adicionalmente, “en torno al elemento subjetivo, se requiere que el superior militar tenga un conocimiento previo de que los subordinados se disponen a cometer delitos, por lo que no basta con la simple imprudencia” (Ejército Nacional de Colombia, 2009, p. 252). En este punto, el superior militar responde penalmente porque “tenía razones para saber” que sus subordinados estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos.

Quiere decir lo anterior que se requiere que el superior militar haya omitido sus deberes jurídicos “teniendo razones para saber” de los actos ilícitos de sus subordinados o su propósito de cometerlos (Ejército Nacional de Colombia, 2009, p. 253). De esta manera, en la guía se aplica el estándar de conocimiento “tenía razones para saber” desarrollado por la Sala de Apelaciones del TPIY y TPIR donde se ha establecido que:

“(…) el superior militar es responsable sólo si dispone de información que le permita tener conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados. Sin embargo, el incumplimiento del deber de adquirir ese conocimiento no se encuentra establecido en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto como un delito separado. Por lo tanto, el superior no sería responsable por el incumplimiento de esa disposición, sino solamente por no adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar los delitos de sus subordinados” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 226-241; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Blaskic, Case IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 62).

Cabe mencionar que con la aplicación de este estándar se requiere que “el superior militar haya recibido información de carácter general que lo pudiera poner en alerta sobre el riesgo en la comisión de delitos por sus subordinados y la necesidad de investigar la situación” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Krnojelac, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 151).

Por otra parte, en la precitada guía se aclara la definición de superior militar para afirmar que esta condición se predica de aquellos que con un mandato legal y de acuerdo con su grado, jerarquía y cargo, tienen mando y control sobre unidades militares. Este mando y control se entiende como la autoridad ejercida sobre un grupo de personas con el fin de conducir, dirigir, instruir y limitar en virtud de un marco legal definido (Ejército Nacional de Colombia, 2009, p. 249).

Con todo, la guía presenta la relación superior-subordinado desde el cumplimiento del requisito de que exista un control efectivo, pero determinado por el nombramiento legal o *de jure*, sin considerar el posible control ejercido *de facto*. Además, la designación legal es un mero indicio de la capacidad material para el ejercicio y cumplimiento de los deberes jurídicos del superior militar. Por otro lado, asemeja la doctrina de la responsabilidad de mando por control efectivo con la de la posición de garante u omisión impropia tomando como base el ámbito de competencia territorial del superior (Olasolo y Canosa, 2018, p. 483). Sin embargo, como se observó anteriormente, esta equiparación no tiene asidero dado que no responde a los criterios del artículo 28 del ER, y no toma en cuenta que este tipo de responsabilidad se configura cuando hay responsabilidad accesoria por omisión respecto del deber de prevenir, “o cuando se trata de una responsabilidad por omisión propia o imprudencia simple respecto del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes” (Olasolo y Canosa, 2018, pp. 478-479).

Respecto al elemento subjetivo, la guía se acoge a la adopción del estándar “tenía razones para saber”, donde se limita a la aplicación de la imprudencia grave y a la adopción de un conocimiento así sea general, pero real, de que:

“(…) los subordinados estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos. Finalmente, se observa que a pesar de que en el Derecho Operacional de la Fuerza Pública se hace una primera mención de la responsabilidad de mando por control efectivo, este adolece de falencias dogmáticas con respecto a la inobservancia de estándares internacionales aplicables a nivel de derecho interno, ni se toma en cuenta el objetivo de integrar en el Derecho Operacional con la normativa y jurisprudencia internacional sobre la materia” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 483).

Posteriormente, y en el marco de las negociaciones de paz entre las FARC-EP y el gobierno colombiano, se implementó en Colombia la “Estrategia Nacional para la

Garantía de los Derechos Humanos período 2014-2034”⁵⁶, como política pública. Allí se plantea “la ejecución de mecanismos de pedagogía y fortalecimiento técnico a miembros de la Fuerza Pública en torno a la investigación sobre graves violaciones a los derechos humanos. Igualmente contempla la creación de grupos especializados para investigar y sancionar casos que involucren cualquier tipo de discriminación” (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 2015, p. 119).

Como desarrollo de lo anterior, en 2016 se publican los Manuales Fundamentales del Ejército (MFE), igualmente denominados doctrina militar “Damasco”. En el MFE 6-27 sobre Derecho Operacional Terrestre se menciona que los superiores militares son responsables cuando:

- “1) El comandante sabe de la comisión de un ilícito y no toma las medidas necesarias y razonables para prevenirlo.
- 2) El comandante tiene razones para saber que se va a cometer un acto ilícito.
- 3) El comandante no sabe del ilícito, pero después de ocurrido no toma las medidas necesarias para garantizar su investigación, penal y disciplinaria” (Ejército Nacional de Colombia, MFE 6-27, 2016, p. 14).

En esa medida, para establecer la responsabilidad del superior militar se deben probar los siguientes elementos: “i) la existencia de un control efectivo; ii) que el superior militar tenga razones para conocer de los delitos cometidos o que se proponen cometer por parte de los subordinados y iii) que el superior militar tenga a su disposición medidas necesarias y razonables para prevenir y sancionar dichas conductas ilícitas” (Ejército Nacional de Colombia, MFE 6-27, 2016, p. 14).

Valga aclarar que en este punto el control efectivo se entiende como la capacidad material que tiene el superior militar respecto de sus subordinados; de manera que “se trata de un poder de control real, como dar órdenes y hacerlas ejecutar, conducir operaciones que sean ejecutadas por sus subalternos, imponer sanciones y relevar del cargo a sus subalternos. Finalmente, respecto de las medidas necesarias y razonables, el superior militar debe usar los medios que tenga a su alcance para prevenir la comisión de delitos por parte de sus subordinados” (Ejército Nacional de Colombia, MFE 6-27, 2016, pp. 14-15).

Con todo, y a diferencia de las limitantes presentadas en la guía “Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: hoja de ruta del Ejército

⁵⁶ Esta estrategia constituye una hoja de ruta nacional e institucional que tiene como propósito la promoción, garantía y respeto de los derechos humanos en Colombia. Constituye una respuesta estatal para la sociedad civil y la comunidad internacional respecto a los resultados de la Política Integral de Derechos Humanos.

Nacional” del 2009, en el MFE 6-27 se toman en cuenta varios estándares internacionales. En primer lugar y respecto del control efectivo, la definición dada tiene como base la competencia material del superior militar y no solamente la competencia territorial del mismo, así como tampoco se limita a su capacidad legal o *de jure*. Y en segunda medida, se hace una mención explícita de los deberes jurídicos del superior militar respecto de los actos de sus subordinados y de todas las medidas a su alcance para prevenir, investigar y sancionar conductas ilícitas (Olasolo y Canosa, 2018, p. 484).

Pese a lo anterior, en la doctrina militar interna o el Derecho Operacional, aún persisten limitantes que no se ajustan a los estándares internacionales, especialmente a los criterios del artículo 28 del ER. En esa medida, sobre el elemento subjetivo se sigue aplicando el estándar “tenía razones para saber”, en el cual se exige la adopción de un mero conocimiento general sobre los actos ilícitos de los subordinados. Con ello, no se toma en cuenta el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 484) ampliamente aceptado por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Como se ha señalado en acápites anteriores, el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber” implica una “obligación más activa del superior militar de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus subordinados e investigar, independientemente de si tenía a su disposición información en el momento en que se cometieron los delitos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 433).

Además, en el Derecho Operacional se limita a la determinación de responsabilidad sobre la base de la omisión del superior militar en la adopción de medidas necesarias y razonables respecto del deber de prevenir. Sin embargo, con ello no se considera que respecto al deber de prevenir “no es posible hablar de delitos de omisión propia cuando hay incumplimiento en el deber de prevenir, ya que hay un nexo causal entre la omisión del superior en prevenir los delitos y la comisión de estos por sus subordinados. Es decir que al superior militar le es imputable su contribución a los delitos cometidos por sus subordinados” (Olasolo, 2013, p. 801).

Por otro lado, respecto del deber de prevenir no se toma en cuenta que es necesario probar que:

“(…) la omisión del superior tuvo un “efecto favorecedor” para la comisión de delitos para sus subordinados. En caso contrario, aun cuando haya

incumplido con el deber de prevenir, el superior no es responsable por los delitos de sus subordinados. Este criterio se encuentra recogido en el artículo 28 del ER y la jurisprudencia de la CPI, en el sentido de que no se responsabiliza por el mero incumplimiento de los deberes del superior, sino porque su omisión contribuye de manera relevante a la comisión de delitos” (Olasolo, 2013, p. 813).

De todo lo anterior se observa que el Derecho Interno adolece de falencias dogmáticas en torno al entendimiento de la responsabilidad de mando por control efectivo, llegándose a confundir este tipo de responsabilidad con otras categorías penales que no dan cuenta de su naturaleza jurídica autónoma. Estas y otras más limitantes se vieron reproducidas en el Acuerdo Final de Paz en Colombia introducido al ordenamiento jurídico interno mediante el Acto Legislativo 01 de 2017.

En esa medida se procede a desarrollar el siguiente capítulo con el fin de validar la tesis de la presente investigación, que se define como el hecho de que el Acto Legislativo 01 de 2017 no observa los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo, sino que por el contrario impone requisitos formales que obstaculizan la debida interpretación y aplicación de esta figura jurídica.

3. Capítulo tercero. Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia (artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017)

Con la adopción del Acto Legislativo 01 de 2017 (AL 01 de 2017) y mediante el cual se introduce normativamente el Acuerdo Final de Paz en Colombia, se aborda expresamente la responsabilidad de mando por control efectivo en el ordenamiento jurídico interno, y en un contexto de justicia transicional. Sin embargo, la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, “observ[a] con cierta preocupación que en la versión final del acuerdo de paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente [con el] artículo 28 del estatuto” (Semana, 2017).

Como se observa a lo largo de este capítulo, las limitantes dogmáticas en el tratamiento de este tipo de responsabilidad se vieron reproducidas en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, dado que no observa los estándares internacionales sobre la materia.

En desarrollo de lo anterior, el presente capítulo parte por la enunciación de los antecedentes del tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia y el AL 01 de 2017, para dar cuenta de su consolidación jurídica final. En segundo lugar, se referencian las fuentes de la responsabilidad de mando por control efectivo contenidas en el AL 01 de 2017, para en tercer lugar analizar cada una de las condiciones concurrentes contempladas en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, y su comparación frente a los estándares internacionales.

En cuarta medida, se fundamenta la necesidad de aplicar este tipo de responsabilidad en casos de ejecuciones extrajudiciales en el marco de la justicia transicional en Colombia. Ello tomando en cuenta que son múltiples los casos en los que se vieron involucrados superiores militares de la Fuerza Pública Colombiana en la comisión de estos crímenes durante el conflicto armado interno.

Finalmente, se expone la ausencia de referencia en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 sobre responsabilidad penal de superiores no militares o civiles, en tanto figura jurídica contemplada por los estándares internacionales y poco aplicada en el ordenamiento jurídico interno, dado que su definición se limita a la responsabilidad penal para superiores militares.

3.1. Antecedentes del tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo

En el marco de la firma del Acuerdo Final de Paz en Colombia del 24 de noviembre de 2016 (luego del plebiscito del 2 de octubre 2016 en el que ganó el “no”)⁵⁷, y con la adopción del AL 01 de 2017, se instauró en Colombia el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR) que tiene por finalidad dignificar y reconocer los derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

Como parte de su andamiaje institucional, el SIVJRNR crea mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición, entre los cuales se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que es la institución encargada de conocer y sancionar graves crímenes contra los derechos humanos, que hayan sido cometidos con causa y con ocasión del conflicto armado.

Igualmente, en el Acuerdo se dispone con respecto a la responsabilidad de mando de superiores militares, que en ningún caso este tipo de responsabilidad “podrá basarse exclusivamente en el rango, jerarquía o jurisdicción”. Por el contrario, debe determinarse por el control efectivo que el superior haya tenido sobre la conducta de sus subordinados, así como en el conocimiento y la información a su alcance “antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (Acuerdo Final de Paz, 2016, p. 152).

Según José Miguel Vivanco en calidad de director de Human Rights Watch y en una carta dirigida al Congreso de la República en 2017 con ocasión del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016⁵⁸, en la versión inicial del Acuerdo Final de Paz no se tomaban en cuenta varios estándares internacionales en la definición de la responsabilidad de mando, por dos razones:

“(…) en primera medida, el Acuerdo exigía que se debía demostrar que el superior militar ostentaba un control efectivo sobre sus subordinados bajo cuatro condiciones concurrentes. En segundo lugar, se tenía como requisito el demostrar que el superior militar efectivamente conocía de la comisión de

⁵⁷ El plebiscito sobre el Acuerdo de Paz del 2 de octubre de 2016 fue un mecanismo de refrendación y aprobación ciudadana sobre dicho acuerdo. El resultado fue el triunfo del “no” con el 50,21% de los votos, pero a pesar de ello, el Gobierno Colombiano y las FARC-EP renegociaron el contenido del acuerdo donde se consideraron las objeciones de los opositores. Posterior a ello, el 24 de noviembre de 2016 se firma el Acuerdo Final de Paz.

⁵⁸ Este proyecto de acto legislativo fue el antecedente de lo que finalmente sería el AL 01 de 2017, respecto a la creación de un título de disposiciones transitorias de la Constitución para introducir normativamente el Acuerdo Final de Paz en el ordenamiento jurídico interno.

los crímenes, lo cual contrariaba el estándar de conocimiento “hubiere debido saber”. Sin embargo, estas limitantes no se subsanaron y se mantuvieron en la versión final del Acuerdo en razón a que varios miembros del Ejército Nacional, activos y retirados presentaron inconformidades en torno a una eventual modificación de la definición de responsabilidad de mando” (Vivanco, 2017, pp. 1-2).

Por su parte, la Fiscalía de la CPI en el “Informe sobre las actividades de examen preliminar” de 2016 para Colombia, manifestó que este organismo deberá considerar si hay lagunas jurídicas sustanciales en torno a las normas aplicadas por las autoridades de la JEP, en relación con la responsabilidad de mando, “que podría socavar su capacidad para proceder de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrían surgir de una investigación en la situación” (Fiscalía CPI, 2016, párr. 257). Además, existe preocupación dado que ni en la versión definitiva del Acuerdo, ni en el AL 01 de 2017 se tomaron en cuenta los criterios establecidos por el artículo 28 del ER (Olasolo y Canosa, 2018, p. 486).

Con todo, las limitantes dogmáticas mencionadas no han sido subsanadas, sino que, por el contrario, se vieron confirmadas a través del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 que establece lo siguiente:

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

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (p. 18).

Como se observa, respecto del control efectivo se exige que este “vaya más allá de la capacidad material del superior militar sobre los actos de sus subordinados (criterio aceptado por el Derecho Internacional), pero para abarcar también la específica

conducta punible de los mismos” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 486), lo que es a todas luces contrario a los estándares internacionales.

Igualmente, el artículo transitorio 24 establece expresamente que, para definir la existencia del mando y control efectivo del superior militar sobre los actos de sus subordinados, se deben demostrar las siguientes condiciones concurrentes:

- a. “Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).

Con todo, la consolidación normativa de la responsabilidad de mando por control efectivo en el AL 01 de 2017 adolece de falencias dogmáticas, en comparación con los estándares internacionales, lo que será desarrollado más adelante de manera más precisa.

3.2. Fuentes de la responsabilidad de mando por control efectivo del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017

De acuerdo con el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, para la determinación de responsabilidad de mando de superiores militares de la Fuerza Pública, se exige que la JEP aplique el CPC y las reglas del DIH en tanto ley especial y el Derecho Operacional de la Fuerza Pública en relación con el DIH, siempre y cuando estas reglas operacionales no contraríen la normatividad legal.

Pese a ello, el artículo 25 del CPC no reconoce a la responsabilidad de mando por control efectivo como figura jurídica autónoma, sino que esta “ha sido aplicada por las Altas Cortes a partir de teorías como la de la comisión por omisión o la autoría mediata en aparatos organizados de poder, lo que limita la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 487).

Frente a la aplicación del DIH como ley especial, es preciso aclarar que el principio de especialidad normativa *lex specialis derogat lex generalis* implica que en caso de existir conflicto entre normas que regulan un mismo hecho, debe dársele preferencia a la norma de carácter especial (Salmón, 2016, p. 340).

Sobre el particular, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha establecido en la opinión consultiva sobre “las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, que en algunos casos los derechos pueden contemplarse solamente a través del DIH, mientras que otros se contemplan mediante el DIDH, y otros en ambas ramas. La posición de la CIJ es que debe tomarse en cuenta tanto el DIDH, como el DIH como ley especial, lo que implica que el DIDH debe interpretarse de acuerdo con el DIH (Corte Internacional de Justicia, 2004, párr. 106).

En virtud de ello, las reglas del DIDH siguen siendo aplicables en casos de conflictos armados, con la salvedad que estas pueden ser suspendidas de acuerdo con diversos tratados de derechos humanos (Borelli, 2015, p. 7).

Sin embargo, desde un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia internacional se considera que no es necesario abordar este principio de especialidad normativa de manera tan amplia, en el sentido de que no es apropiado que una rama del Derecho deba ser siempre de carácter especial, frente a otra rama. Quiere ello decir que es más preciso analizar cada caso en concreto desde un “enfoque casuístico”, a fin de determinar cuál es la norma más específica que se ajusta a la resolución del caso. En conclusión, “no se trata de que como *lex specialis* el DIH desplace o derogue en su aplicación al DIDH, sino que aquel cuerpo jurídico es un instrumento de interpretación usado por la Corte, en casos que se encuentran bajo el contexto de un conflicto armado” (Salmón, 2016, p. 341).

En el caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció que a pesar de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) atribuye competencia para definir la compatibilidad de las acciones y omisiones con la CADH, y no con respecto a otros tratados, la Corte IDH puede interpretar la CADH a la luz de otros tratados internacionales como, por ejemplo, los que contienen reglas sobre el DIH. Al respecto menciona expresamente que:

“(…) al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede

observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, párr. 24).

Lo anterior implica que no necesariamente la aplicación del DIH debe conducir a la suspensión o desplazamiento del DIDH, sino que ambas ramas pueden aplicarse de manera complementaria. Es decir que la una puede servir de instrumento hermenéutico de la otra (Milanovic, 2014, p. 3). En consecuencia, para la determinación de la responsabilidad de mando por control efectivo es posible aplicar no solamente las normas del DIH como ley especial, sino también las normas del DIDH de manera complementaria y sin que una rama del Derecho desplace o suspenda a la otra.

Ello cobra sentido si se tiene en cuenta que la aplicación del DIDH genera una ampliación en la protección de los derechos de las personas “sin desconocer que, en atención a las necesidades generadas por el conflicto armado, determinados derechos recibirán atención especial por el DIH, a través de una regulación más detallada y precisa (como por ejemplo, en el caso de las mujeres, niños y niñas)” (Salmón, 2016, p. 341).

Frente a la aplicación del Derecho Operacional de la Fuerza Pública, su aplicación está condicionada al requisito de que estas reglas no sean contrarias a la normatividad legal, en la cual se encuentra el Bloque de Constitucionalidad y los tratados sobre derechos humanos y DIH. Según Suel (2016), “en *stricto sensu*, el Bloque de Constitucionalidad está integrado por principios y normas constitucionales y tratados internacionales que reconozcan derechos humanos que no puedan limitarse en estados de excepción, así como instrumentos normativos del DIH y jurisprudencia de tribunales internacionales” (pp. 327-328).

En *lato sensu*, el Bloque de Constitucionalidad se compone de normas de distinta jerarquía que se usan como criterio interpretativo para el ejercicio del control de constitucionalidad. Es ese sentido, no sólo se encuentra integrado por la Constitución Política, sino también “por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias” (Suel, 2016, p. 329).

Aun con todo, para Olasolo y Canosa (2018) resulta contradictorio que el artículo transitorio 24 tenga naturaleza constitucional y de igual manera desconozca las

normas, jurisprudencia y tratados internacionales sobre responsabilidad de mando, que se encuentran integrados en la Constitución mediante el Bloque de Constitucionalidad (p. 488).

En tal sentido, a continuación se procede al análisis de cada una de las condiciones concurrentes enunciadas en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y en relación con los estándares internacionales, con el fin de fundamentar su falta de observancia con estos.

3.3. Análisis de la exigencia de las condiciones concurrentes del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 frente a los estándares internacionales

3.3.1. Existencia de una relación superior-subordinado

En primera medida, el artículo transitorio 24 establece que la “determinación de la responsabilidad de mando no puede basarse exclusivamente en el rango, jerarquía o ámbito de jurisdicción del superior militar” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19), lo cual se ajusta a lo establecido por los estándares internacionales, “porque estos solo son factores indiciarios de la existencia de una relación de subordinación, pero no son suficientes para demostrarla, ni para desacreditarla” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 488).

Como se desarrolló en el capítulo primero, según los artículos 28 ER, 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 6 (3) ETESL, los superiores son penalmente responsables cuando existe una relación superior-subordinado. Quiere decir que la responsabilidad de mando implica determinar que el superior tiene esa calidad con respecto a sus subordinados. Para ello es fundamental probar que:

“(…) el autor del delito fue el “subordinado” del acusado o superior, pero no entendido como un requisito de subordinación directa o formal, sino como una forma de determinar que el procesado es, en virtud de su posición, el superior en el marco de una jerarquía ya sea formal o informal. En esa medida, un requisito mínimo para determinar la relación superior-subordinado es la capacidad material del superior para prevenir o castigar” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Delalic et al., Case IT-IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 303).

Sin embargo, cuando en el artículo transitorio 24 se menciona que la responsabilidad de los superiores militares por los actos de sus subordinados debe fundarse en el

control efectivo de la respectiva conducta, se contrarían los estándares internacionales en torno a la relación superior-subordinado.

Ello es así toda vez que esta relación se debe ejercer sobre los subordinados que cometen o se proponen cometer los crímenes, y no sobre las conductas punibles en sí. En caso contrario, si la responsabilidad de mando se funda en la conducta de los subordinados, se corre el riesgo de aplicar indebidamente este tipo de responsabilidad desde la teoría de la autoría mediata o la de la comisión por omisión. Valga recalcar que la responsabilidad de mando por control efectivo en lo que se refiere al deber de prevenir, debe ser valorada como un tipo de responsabilidad accesoria, “donde la omisión en el deber de prevenir del superior facilita la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Y respecto al deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, se trata de una responsabilidad por omisión propia por el mero incumplimiento de estos deberes por parte del superior militar” (Olasolo, 2013, p. 815).

Por otra parte, el artículo transitorio 24 exige el cumplimiento de cuatro condiciones concurrentes a fin de determinar la existencia del mando y control efectivo, las cuales se proceden a analizar frente a los estándares internacionales.

3.3.1.1. Exigencia con respecto al área de responsabilidad asignada

El primer requisito que se plantea en el artículo transitorio 24 es que “la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del superior, según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).

La frase “que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad” es un requisito que debería limitarse a la responsabilidad penal de superiores civiles, pero en este caso se aplica para superiores militares. El reconocimiento de esta falencia se funda en que el artículo 28 (b) del ER señala que el superior civil “es responsable cuando los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad”.

La aplicación que hace el artículo transitorio 24 de este requisito para determinar la responsabilidad de superiores militares, no tiene asidero porque:

“(…) mientras el superior civil tiene sobre sus subordinados un grado de influencia limitado al ámbito de su actividad laboral, en el ámbito militar, el control del superior se extiende a todos los aspectos de la vida castrense.

Además, la exigencia de que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada se olvida de que para el DIP lo relevante es la capacidad material del superior y no la atribución normativa” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 488).

Frente a la capacidad material del superior es importante subrayar que esta se define como la capacidad efectiva y real “para prevenir o castigar conductas delictivas- y por cuyos actos se le atribuye responsabilidad”⁵⁹(Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, Judgment, The Prosecutor v. Bagosora et al., Case ICTR-98-41-T, 18 de diciembre de 2008, párr. 112). En este sentido, y de acuerdo con los estándares internacionales, no se toma en cuenta la mera atribución o denominación normativa que sí se exige en el artículo transitorio 24, como se observará a continuación.

3.3.1.2. Exigencia con respecto a la capacidad legal y material de emitir ordenes, modificarlas o hacerlas cumplir

El segundo requisito concurrente es que el superior militar “tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19)., el cual no observa íntegramente los estándares internacionales en torno a la definición del control efectivo.

Respecto a la capacidad legal y material, según Ambos (2001) los estándares internacionales “no hacen referencia al *status* formal del superior aisladamente, sino a *status de facto* (el que efectivamente actúe como). Así la disposición no hace referencia a una situación del “deber ser” (en el mundo ideal-normativo) sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real)” (p. 181).

En tal sentido, la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” ha señalado que la expresión “o el que actúe efectivamente” contenida en el artículo 28 del ER “se refiere a una categoría de personas que a pesar de no ser formalmente nombradas como superiores, desempeñan esta función *de facto* cuando ejercen control efectivo sobre un grupo de personas y mediante una cadena de mando” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 409-410).

⁵⁹ Traducción propia. Documento original disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-41/trial-judgements/en/081218.pdf>

En esa medida, cuando el artículo transitorio 24 agrega como requisito que el superior militar deba tener capacidad legal o *de jure*, desconoce de manera flagrante lo establecido por la doctrina, normativa y jurisprudencia internacionales, lo que desnaturaliza la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo y ello redundante en el desconocimiento de los derechos de las víctimas.

3.3.1.3. Exigencia con respecto a la capacidad de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área geográfica

En tercera medida, se exige que el superior militar “tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19). Al respecto, para la determinación del control efectivo se incluye el requisito de que el superior militar ejerza control en el área o zona geográfica donde los subordinados cometieron los crímenes. Este criterio va en contravía con lo establecido por los estándares internacionales toda vez que desnaturaliza el concepto de control efectivo, “pues bien puede ocurrir que el superior pueda materialmente dar órdenes de desplazamiento a áreas fuera de su zona geográfica de influencia, y aun así conservar el control efectivo sobre sus subordinados” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 490).

Sobre el particular, el “caso Bemba” es emblemático dado que Bemba “actuaba efectivamente como superior militar y tenía autoridad y control efectivos sobre las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) en la República Centroafricana, es decir, fuera de la República Democrática del Congo” (Corte Penal Internacional, Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 693).

En esa medida, a pesar de que Bemba no ejercía control directo en el área geográfica donde se daban las operaciones militares, sí ejercía un control efectivo sobre las tropas del MLC mediante una cadena de mando. En tal sentido, “Bemba disponía de la capacidad de enviar o retirar tropas, así como de tomar decisiones sobre las operaciones” (Ospina y Canosa, 2017, pp. 161-162).

Con ello se confirma que el criterio establecido por el artículo transitorio 24 no se adecuaba a los estándares internacionales sobre la materia, y por el contrario, genera límites en la debida interpretación y aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo. En consecuencia, esta limitante generaría dificultades al momento

de resolver casos en los que el control efectivo del superior militar sigue siendo ejerciendo aún fuera del área geográfica donde se cometieron los crímenes.

3.3.1.4. Exigencia con respecto a la capacidad de tomar medidas

Frente al cuarto requisito, se exige que el superior militar “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” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).

Sobre el particular, y según Olasolo y Canosa (2018), este requisito hace referencia a “si la exigencia de tener capacidad “material y directa” excluye a los superiores militares que sin ser los mandos inmediatos de quienes comenten los crímenes, cuentan, sin embargo, con la capacidad material para tomar algunas de las medidas exigidas por el art. 28 ECPI” (p. 490).

Al respecto, los estándares internacionales entienden que el artículo 28 del ER “no presenta ningún requisito de que un superior militar tenga autoridad o control exclusivos sobre los subordinados. Quiere decir que el control efectivo de un superior no excluye el control efectivo que ejerzan otros superiores” (Corte Penal Internacional, Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 185).

Además, el artículo 28 a) del ER “no sólo hace referencia a los superiores militares inmediatos de las tropas que cometieron los delitos, sino que es aplicable también a los superiores militares de cualquier rango, que pueden ser los superiores del nivel más alto, hasta líderes con unos pocos subordinados” (Corte Penal Internacional, Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 179).

Igualmente, es necesario recalcar en que:

“(…) el hecho de que el control efectivo descienda del superior al subordinado que ha cometido el hecho punible, a través de subordinados intermediarios resulta jurídicamente irrelevante. Lo relevante es si el superior militar tuvo la capacidad material y directa de prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes. Y finalmente, respecto a si hubo proximidad o lejanía en el control o si el superior tuvo realmente un control efectivo, es una cuestión que debe analizarse en cada caso concreto y

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

desde el derecho probatorio, más no desde el derecho sustantivo” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, párr. 20).

De lo anterior se observa que si bien en principio el requisito planteado por el artículo transitorio 24 se ajusta a los estándares internacionales, este debe entenderse como el hecho de que lo jurídicamente relevante para determinar el control efectivo es si el superior militar tuvo la capacidad material y directa de cumplir con sus deberes, con el fin de que se observen los estándares internacionales sobre el particular.

Finalmente, frente al conocimiento actual o actualizable del superior militar, este será un requisito analizado más adelante de manera detallada y como elemento subjetivo.

De todo lo expuesto se presenta a continuación una tabla comparativa que da cuenta de las concepciones en torno a la relación superior-subordinado, así como de la exigencia de condiciones concurrentes para la determinación del control efectivo tanto por el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, como por los estándares internacionales.

Tabla 8. Comparativo entre el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y los estándares internacionales en torno a la relación superior subordinados y la exigencia de condiciones concurrentes

Criterio	Artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017	Estándares internacionales	Evaluación de observancia
Relación superior-subordinado	<p>“La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.</p> <p>La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).</p>	<p>Para determinar que el superior tiene esa calidad con respecto a sus subordinados, es necesario probar que el autor del delito fue el “subordinado” del acusado o superior. Se debe determinar la capacidad material del superior para prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes.</p> <p>La relación se debe ejercer sobre los subordinados que cometen o se proponen cometer los</p>	<p>Frente al requisito de “no fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, sí se ajusta a los estándares internacionales.</p> <p>Frente al hecho de que la responsabilidad de miembros de la Fuerza Pública debe fundarse en la conducta, el artículo transitorio 24 del AL</p>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

		crímenes, y no sobre las conductas punibles.	01 de 2017 no observa los estándares internacionales.
Exigencia sobre el área de responsabilidad asignada	“Las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del superior, según el nivel correspondiente y tengan relación con actividades bajo su responsabilidad” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).	La frase “que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad” es un requisito que debe limitarse a la responsabilidad penal de superiores civiles, de acuerdo con el artículo 28 (b) del ER que señala que el superior civil “es responsable cuando los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad.”	Frente al área de responsabilidad asignada, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales.
Exigencia sobre la capacidad legal y material de emitir ordenes, modificarlas o hacerlas cumplir	“El superior debe tener la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).	No se hace referencia al <i>status</i> formal del superior, sino al <i>status</i> de <i>facto</i> (el que efectivamente actúe como tal). El artículo 28 del ER se refiere a una categoría de personas que a pesar de no ser formalmente nombradas como superiores, desempeñan esta función <i>de facto</i> cuando ejercen control efectivo mediante una cadena de mando.	Frente a la capacidad legal, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales.
Exigencia sobre la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los crímenes	“El superior militar debe ejercer control en el área o zona geográfica donde los subordinados cometieron los crímenes” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).	A pesar de que superior no ejerza control directo en el área geográfica donde se daban las operaciones militares, sí puede ejercer un control efectivo sobre los subordinados mediante una cadena de mando. El superior puede tener la capacidad de enviar o retirar tropas, así como de tomar decisiones sobre las operaciones.	Frente a la “capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los crímenes”, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

<p>Exigencia sobre la capacidad material y directa de tomar medidas adecuadas</p>	<p>“El superior militar debe tener la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).</p>	<p>El artículo 28 del ER no presenta ningún requisito de que un superior militar “tenga autoridad o control exclusivos” sobre los subordinados. Quiere decir que el control efectivo de un superior no excluye el control efectivo que ejerzan otros superiores.</p> <p>Lo relevante es si el superior militar tuvo la capacidad material y directa de cumplir con sus deberes jurídicos.</p>	<p>Frente a la “capacidad material y directa de tomar medidas adecuadas”, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, en principio sí observa los estándares internacionales, pero si se entiende como el hecho de que lo jurídicamente relevante para determinar el control efectivo es si el superior militar tuvo la capacidad material y directa de cumplir con sus deberes jurídicos.</p>
--	---	---	--

3.3.2. Elemento objetivo: la omisión del superior

De acuerdo con la redacción del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 se tiene que la responsabilidad penal del superior militar debe igualmente “fundarse en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”. En consecuencia, se puede afirmar que este apartado se ajusta a los estándares internacionales, si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 28 a) ii) “el superior militar está en la obligación de prevenir, reprimir (en caso de que se estén cometiendo delitos), castigar o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento” (Corte Penal Internacional, Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 201).

Valga aclarar que este apartado del artículo transitorio 24 debe entenderse en el sentido de que, a pesar de que se usa el alternativo “o”, “el incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede acarrear responsabilidad penal. Por ejemplo, el hecho de no impedir los crímenes, cuando el comandante tenía el deber de hacerlo, no puede ser remediado castigando posteriormente a los autores”⁶⁰ (Corte Penal

⁶⁰ Traducción propia. Documento original disponible en: https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2016_02238.pdf

Internacional, Sala de Juicio III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 201).

En lo que se refiere al deber de “promover las investigaciones procedentes”, este debe interpretarse como “una manera de hacer efectivo el deber de someter el asunto a las autoridades competentes, con el fin de que se investigue y sancione los crímenes de los subordinados. Ello también incluye la adopción de medidas disciplinarias a fin de evitar que los subordinados comenten delitos, como parte del deber de prevenir” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia Sección A, *Prosecutor v. Halilovic*, Case IT-01-48-T, 16 de noviembre de 2005, párr. 89; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Stakic*, Case IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párr. 461).

Aunado a lo anterior, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 debe tener el alcance extensivo que dan los estándares internacionales con respecto a los deberes del superior militar. Así pues, aun cuando el superior haya tomado medidas insuficientes para castigar a sus subordinados (o aun siendo suficientes como medidas a corto plazo para ayudar a prevenir más atrocidades), ello no lo exime del deber de iniciar acciones encaminadas a llevar a los responsables de los crímenes ante la justicia (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia, *Judgement, Prosecutor v. Kayishema et al.*, Case ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 514).

Finalmente, respecto de los medios al alcance del superior, estos deben analizarse desde los estándares internacionales que los entienden como medidas necesarias y razonables. Este criterio es confirmado por la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”, que establece que “un superior será penalmente responsable en virtud del literal a) del artículo 28 de ER por no haber adoptado tales medidas dentro de sus posibilidades reales y materiales. Quiere decir que una medida necesaria y razonable debe evaluarse sobre la facultad *de jure* del superior, así como de su capacidad *de facto* para adoptar esas medidas” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 443).

3.3.3. Elemento subjetivo: el conocimiento del superior

Respecto del conocimiento del superior, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 establece que la responsabilidad del superior debe “fundarse en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19). Igualmente, en

el literal d) establece que para determinar el control efectivo, el superior debe tener conocimiento actual o actualizable de la comisión de crímenes.

Como se observa, el artículo transitorio 24 reproduce el criterio adoptado en el Derecho Operacional de la Fuerza Pública, dado que entiende el conocimiento del superior a partir del estándar “tenía razones para saber” desarrollado por el TPIY, TPIR y el TESL, que como se señaló en acápites anteriores, basta con la adopción de un conocimiento general sobre los crímenes de los subordinados. Por el contrario, el artículo 28 a) i) respecto del estándar de imprudencia simple, “enuncia una obligación más activa del superior militar de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus subordinados e investigar, independientemente de si tenía a su disposición información en el momento en que se cometieron los delitos” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 433).

Lo anterior quiere decir que el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 adopta un criterio menos exigente y poco acorde a la realidad, que podría repercutir en eventuales casos de impunidad y en el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Ello en el entendido de que se desconoce el estándar de conocimiento “hubiere debido saber” aplicable a casos en que el superior ha conocido, si:

- i) “Tenía información general para ponerlo al tanto de los delitos cometidos por subordinados o de la posibilidad de que se produzcan los actos ilícitos; y
- ii) La información disponible era suficiente para justificar una investigación o un examen más a fondo” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 434).

En esa medida, “no se considera la obligación del superior de actuar de manera más activa, con el fin de obtener información sobre el actuar de sus subordinados y así evitar la comisión de crímenes o proceder a una eventual investigación” (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 434). Valga mencionar que el artículo 28 del ER hace parte del Bloque de Constitucionalidad y en consecuencia, es deber del Estado Colombiano

aplicar de manera íntegra su contenido, además de servir como referente hermenéutico.

Con todo, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales, específicamente en lo que se refiere al conocimiento del superior militar y el estándar de imprudencia simple recogido en el artículo 28 del ER.

3.3.4. Ausencia de nexo causal entre la omisión de los deberes del superior y la comisión de crímenes por sus subordinados

Como se evidencia en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, no hay ninguna mención respecto al nexo causal entre la omisión de los deberes del superior y la comisión de delitos por sus subordinados; nexo causal que sí se establece en el artículo 28 del ER. En consecuencia, se adoptó el criterio del TPIY, TPIR y el TESL, que no contemplan dicho nexo causal.

Como consecuencia, “el superior no es responsable por los crímenes de sus subordinados, sino por el incumplimiento de sus deberes como superior en el ejercicio del control efectivo” (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Judgement, Prosecutor v. Krnojelac, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 171). Quiere decir que “la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 es la de la omisión propia, lo que implica la exclusión de toda responsabilidad del superior por los delitos específicos cometidos por sus subordinados” (Olasolo, 2013, p. 811).

Sin embargo, ello reproduce las falencias dogmáticas de la jurisprudencia de la CC y de la CSJ, en el sentido de que según Werle y Jessberger (2014), la responsabilidad de mando no es un tipo de responsabilidad por omisión propia, porque no se ajusta a la teoría dogmática del derecho penal comparado y por haber sido adoptada de manera autónoma como una figura del DPI y el DIH (Werle y Jessberger, 2014, p. 128).

Finalmente, se evidencia una contradicción lógica en el artículo transitorio 24 cuando hay ausencia de nexo causal, pero igualmente se exige la concurrencia de elementos para determinar el control efectivo del superior sobre los actos de sus subordinados. Quiere decir que estos elementos, “al tratarse de elementos propios de ciertas formas de autoría, requerirían en todo caso la existencia de un vínculo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes de los subordinados” (Olasolo y Canosa, 2018, p. 492).

De todo lo expuesto se presenta a continuación una tabla comparativa entre el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y los estándares internacionales en torno a

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

las concepciones sobre el elemento objetivo, el elemento subjetivo y el nexo causal, para la determinación de la responsabilidad de mando por control efectivo.

Tabla 9. Comparativo entre el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y los estándares internacionales en torno al elemento objetivo, el elemento subjetivo y el nexo causal

Criterio	Artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017	Estándares internacionales	Evaluación de observancia
Elemento objetivo	La responsabilidad penal del superior militar debe “fundarse en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).	Según el artículo 28 a) ii), el superior militar está en la obligación de prevenir, reprimir (en caso de que se estén cometiendo delitos), castigar o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.	Frente al elemento objetivo, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 sí observa los estándares internacionales, pero debe interpretarse como una manera de hacer efectivo el deber de someter el asunto a las autoridades competentes y la adopción de medidas disciplinarias como parte del deber de prevenir. Frente a las medidas necesarias y razonables deben entenderse sobre la facultad <i>de jure</i> y <i>de facto</i> del superior, para adoptar esas medidas.
Elemento subjetivo	La responsabilidad del superior debe “fundarse en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta. Igualmente, para determinar el control efectivo, el superior debe tener conocimiento actual o actualizable de la comisión de crímenes”	A diferencia de los estatutos y jurisprudencia del TPIY, TPIR y el TESL, el artículo 28 a) i) del ER acoge el estándar de imprudencia simple “hubiere debido saber”, que implica una obligación más activa del superior militar de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus	Frente al elemento subjetivo, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales porque adopta un criterio menos exigente, en detrimento de los derechos de las víctimas.

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

	(Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).	subordinados e investigar, independientemente de si tenía a su disposición información en el momento en que se cometieron los delitos.	
Nexo causal entre la omisión del superior y la comisión de crímenes por sus subordinados	Ausencia de referencia.	El artículo 28 del ER hace referencia al nexo causal entre la omisión del superior “en el cumplimiento de sus deberes y la comisión de crímenes por sus subordinados.” El TPIY, TPIR y el TESL no toman en cuenta dicho nexo causal.	Frente al nexo causal, el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa el estándar internacional del artículo 28 del ER, sino que al adoptar el criterio del TPIY, TPIR y el TESL, no da cuenta de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando. Este tipo de responsabilidad no debe ser entendida como de omisión propia.

3.4. Responsabilidad de mando por control efectivo en casos de ejecuciones extrajudiciales en el marco de la justicia transicional en Colombia

De todo lo expuesto se tiene que la teoría de la responsabilidad de mando por control efectivo es la más adecuada para ser aplicada en casos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia. Ello bajo el entendido de que son numerosos los casos en los que se vieron involucrados superiores militares de la Fuerza Pública Colombiana en la comisión de este crimen y en el contexto del conflicto armado interno.

Al respecto, Human Rights Watch (2015) en el informe “El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles” señaló que de un análisis impulsado por la Fiscalía General de la Nación:

“(…) más de 180 batallones y otras unidades tácticas, adscritos a 41 brigadas, que operaban bajo el mando de las siete divisiones que tenía entonces el

Ejército, y que presuntamente cometieron ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2008. En estos casos, los patrones sugieren de manera convincente que comandantes de unidades tácticas y brigadas responsables de una cantidad significativa de falsos positivos, al menos sabían o deberían haber sabido sobre las ejecuciones, y por lo tanto podrían ser penalmente imputables debido a su responsabilidad de mando” (p. 2).

En el mismo informe se señala que en estos casos se cumplen con los elementos para determinar responsabilidad penal mediante la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo. Ello de acuerdo con testimonios y material probatorio en los que se implican a varios ex superiores militares de unidades tácticas y brigadas del Ejército Nacional, y en los que se encontró que estos sabían o deberían haber sabido de la comisión de ejecuciones extrajudiciales perpetradas entre el 2002 y el 2008, y que ascienden a 3.700 en 27 de los 32 departamentos del país (Human Rights Watch, 2015, p. 4-6).

Existen fuertes indicios que demuestran que dichos superiores militares deben ser juzgados y sancionados por responsabilidad de mando por control efectivo y en virtud de los estándares internacionales. Tales indicios se recogen en “la cantidad de actos ilícitos, la magnitud de estos actos, los aspectos logísticos que estos supusieron, la ubicación geográfica de los actos, si se trató de actos generalizados y el modus operandi de actos ilícitos similares” (Human Rights Watch, 2015, p. 6).

Igualmente, es importante resaltar que el 9 de julio de 2017, la Fiscalía de la CPI realizó una solicitud al gobierno colombiano con el fin de que investigue y sancione a 29 generales y coroneles del Ejército Nacional por presuntos casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por sus subordinados. Valga mencionar que en caso de que la jurisdicción interna en Colombia no investigue, juzgue y sancione a los responsables se activaría la competencia de la CPI para tal fin (Olasolo y Canosa, 2018, p. 448 y 487), e incluso resultaría viable la aplicación de la jurisdicción universal.⁶¹

Sobre el particular vale resaltar que el principio de complementariedad bajo el cual se activaría eventualmente la competencia de la CPI se encuentra contemplado en el preámbulo y los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del ER. Este principio implica que:

“(…) el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los

⁶¹ La jurisdicción universal o principio de justicia universal implica que los jueces de cualquier Estado tienen la facultad de juzgar y sancionar a personas que se encuentren en su territorio y que hayan cometido crímenes internacionales, independientemente de su nacionalidad o lugar de ejecución de tales crímenes.

responsables. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional —caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo—, está obligado de facto a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto” (Ambos y Malarino, 2003, p. 25).

En consecuencia, la CPI es una jurisdicción de *ultima ratio* “que sólo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales” (Olasolo, 2009b, p.46).

Para Stahn (2008), esta concepción clásica del principio de complementariedad debe ir más allá en el sentido de ser concebida no sólo como una pugna entre jurisdicciones o como un mero instrumento de supervisión del actuar de los Estados, sino también como un mecanismo de interacción y gestión entre la CPI y los Estados (p. 88).

En esa medida, este principio además de ser visto desde un criterio de admisibilidad respecto a si los Estados tienen y hacen uso de su aparato judicial, la complementariedad debe ser positiva. Este concepto de complementariedad positiva o también denominado “complementariedad proactiva” implica una contribución más directa de la CPI “para prevenir la comisión de crímenes internacionales y mediante el compromiso de los Estados Parte de fortalecer sus instituciones judiciales. En suma, la complementariedad positiva es una política proactiva de cooperación destinada a promover los procedimientos nacionales” (Lam, 2014, pp. 8-10).

Es importante mencionar que desde la incorporación del ER en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 742 de 2002, la Fiscalía de la CPI ha venido realizando desde el 2004, exámenes preliminares sobre la situación de Colombia. En el “Informe sobre las actividades de examen preliminar” de 2018 para Colombia manifestó su preocupación sobre “las graves violaciones a los derechos humanos en Colombia, entre las cuales se encuentran las ejecuciones extrajudiciales. Igualmente expresó su preocupación sobre el tratamiento de la responsabilidad de mando aplicable a estos casos mediante el artículo transitorio 24, dado que no se incorpora

en su totalidad los estándares internacionales sobre la materia” (Fiscalía CPI, 2018, párr. 135-139 y 156).

En tal sentido la Fiscalía de la CPI fue enfática en aseverar que corresponderá “los magistrados de la JEP interpretar el contenido del artículo transitorio 24 tomando en cuenta los estándares internacionales” (Fiscalía CPI, 2018, párr. 156). Ello tiene justificación porque, y de acuerdo con Ambos (2013) citado por Huertas y Amaya (2016a), “en el proceso de investigación y judicialización de crímenes de lesa humanidad es imperativo que los mismos sean sancionados por afectar valores y principios de la comunidad internacional. En esa medida, es obligación de los Estados de disponer de su aparataje institucional para tal fin, y sin que haya lugar a eludir esta obligación bajo el precepto de la soberanía estatal” (pp. 51-52).

Con todo, la aplicación de la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo bajo los criterios de los estándares internacionales se ajusta en mejor medida a la investigación, judicialización y sanción de casos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia, lo cual garantiza la plena materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

3.5. Responsabilidad de mando de superiores civiles y ausencia de referencia en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017

Como se observa de la redacción del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 hay ausencia de referencia respecto a la determinación de responsabilidad penal de superiores civiles o no militares. Quiere decir que limita su definición a la responsabilidad penal de superiores militares, con lo cual se desconoce el nivel de responsabilidad de superiores civiles por la omisión de sus deberes jurídicos, sobre el actuar de sus subordinados.

Sobre el particular, la razón de esta ausencia de referencia puede tener fundamento en que:

“(…) la cláusula “actividades bajo su responsabilidad y control efectivo” contenida en el artículo 28 b) ii) del ER, aún no ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la CPI. Además, en un contexto no militar el control es más limitado porque los superiores militares actúan dentro de una estructura jerárquica y un sistema de obediencia” (Olasolo, 2013, p. 782).

Por otra parte, a diferencia de los superiores civiles, los superiores militares “tienen la facultad de emitir órdenes a sus subordinados mediante una cadena de mando, con el fin de que se ejecuten actos riesgosos como por ejemplo su participación en hostilidades y operativos militares” (Kang, 1997, p. 295).

Finalmente, para Vetter (2000), a pesar de que la responsabilidad del superior civil tiene los mismos elementos de la responsabilidad del superior militar en el artículo 28 del ER, el literal b) ii) agrega un elemento adicional: se trata “del nexo causal entre la actividad criminal de los subordinados y las actividades de los subordinados que el superior civil puede controlar. Aun así, el elemento objetivo de la omisión de los deberes del superior se ve reflejada tanto en la determinación de responsabilidad del superior militar, como en la del superior civil” (p. 115-116).

En suma, de todo lo expuesto en el presente capítulo se asevera que el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observa plenamente los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo, lo que repercute en el desconocimiento de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional en Colombia. En esa medida se procede a realizar un análisis de *lege lata*, a fin de realizar una propuesta de *lege ferenda*, y en donde se busca dar cuenta de los criterios adoptados por los estándares internacionales en la determinación de este tipo de responsabilidad.

4. Capítulo cuarto. Análisis de *lege lata* y propuesta de *lege ferenda*

Tomando en cuenta lo enunciado en el presente trabajo, se considera necesario realizar un análisis de *lege lata* respecto del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, a fin de realizar una propuesta de *lege ferenda*. Así pues, en la primera parte de este capítulo se hace un estudio de la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional en torno a la exequibilidad del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y con el fin de identificar las falencias en la interpretación que hace el tribunal constitucional.

En segunda medida, y tomando en cuenta que la sentencia C-674 de 2017 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, en principio ello no impide que los magistrados de la JEP ejerzan un control a través de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la interpretación del artículo transitorio 24. Sin embargo, en esta sección se pretende justificar la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad, ya que esta figura opera en casos de contradicción entre una norma de naturaleza legal y otra de naturaleza constitucional. Teniendo de presente que el AL 01 de 2017 es una norma de rango constitucional y que las normas del DIDH y el DIH “que integran el Bloque de Constitucionalidad ostentan la misma jerarquía constitucional, no es posible hacer un estudio comparativo por vía de excepción” (García, 2019, p. 55).

En tercer lugar, se busca analizar la posibilidad de que los operadores jurídicos puedan realizar una interpretación sistemática en virtud de los estándares internacionales “que integran el Bloque de Constitucionalidad como parámetros de adecuación del artículo transitorio 24, y sobre la base del *principio pro personae*. Sin embargo, como ser veré, esta solución puede resultar contradictoria con el principio de legalidad y la seguridad jurídica al tratarse de una interpretación teleológica y no taxativa del artículo transitorio 24” (García, 2019, p. 57-59).

Finalmente, en la cuarta parte de este capítulo se pretende dar una solución más contundente que armonice las contradicciones referidas. Se trata de una propuesta de *lege ferenda* mediante la cual se busca responder a la necesidad de reformar el AL 01 de 2017 en lo referente a la responsabilidad de mando por control efectivo y que dé cuenta de los estándares internacionales que desarrollan esta figura jurídica.

4.1. Análisis de la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional respecto del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017

La sentencia C-674 de 2017 de la CC es la sentencia mediante la cual se realiza el estudio de exequibilidad del AL 01 de 2017, que crea un título transitorio de la Constitución Política, “para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera”.

Frente al artículo transitorio 24 establece la CC que este apartado normativo es exequible en el sentido de que:

“Su aprobación se entiende en el contexto de ofrecer seguridad jurídica a los mandos superiores de la Fuerza Pública, al mismo tiempo que permite establecer las responsabilidades que les pueda caber por su participación en el conflicto. Todo ello dentro del objetivo de lograr un esquema de estabilidad y de cierre jurídico frente a los hechos ocurridos, que posibilite la construcción de una paz estable y duradera” (Corte Constitucional, C-674 de 2017, p. 254).

En igual sentido, señala que la constitucionalidad del artículo transitorio 24 no implica “la sustitución del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Corte Constitucional, C-674 de 2017, p. 384).

Lo anterior se justifica porque a pesar de que el artículo transitorio 24 no es íntegramente compatible con los estándares internacionales, la CC considera que sí hay una observancia material sobre los elementos estructurales que definen la responsabilidad de mando por control efectivo. Ello a su parecer tiene fundamento en que la responsabilidad de mando “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” (Corte Constitucional, C-674 de 2017, pp. 384-385).

Sin embargo, esta interpretación resulta errada dado que la CC confunde la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad respecto de los deberes del superior militar. En esa medida, la CC no toma en cuenta que frente al deber de prevenir, “se trata de una responsabilidad accesoria por la contribución omisiva en la comisión de los delitos por parte de los subordinados. Es decir que la omisión en el deber de prevenir del superior facilita la comisión de delitos por parte de sus subordinados” (Olasolo, 2013, pp. 815-816).

Por otra parte, la CC asume que la responsabilidad de mando es equiparable a la de los máximos responsables y por tanto debe ser aplicada desde la teoría de la comisión por omisión o la autoría mediata, al considerar que los títulos de imputación previstos en el ordenamiento jurídico interno son válidos para determinar la responsabilidad penal de superiores militares (Corte Constitucional, C-674 de 2017, p. 374). Ello resulta errado porque “lo que se castiga no son los delitos de base que le serían atribuidos por no evitar un resultado que tendría el deber jurídico de evitar como garante, sino que la responsabilidad se sustenta en el incumplimiento de un deber de control de los subordinados” (García, 2019, p. 52).

En tal sentido, la CC asume que el artículo transitorio 24 observa los estándares internacionales y es más específico “respecto a los criterios de valoración para determinar la responsabilidad de mando, a diferencia del artículo 28 del ER que, resulta más genérico” (Corte Constitucional, C-674 de 2017, p. 385). Como consecuencia, la CC concluye que el artículo transitorio 24 al observar en gran medida los estándares internacionales, y tomando en cuenta que las diferencias con los mismos no son sustanciales, “ello no limita el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar. En consecuencia, esta disposición no desconoce los derechos de las víctimas ni se traduce en un escenario de impunidad” (Corte Constitucional, C-674 de 2017, p. 385). Sin embargo, como se enunció en el capítulo tercero, la imposición de requisitos formales en el artículo transitorio 24 limitan la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo sin sujeción a los estándares internacionales. Por tanto, las diferencias son de tal entidad, que las consecuencias jurídicas derivarían en casos de impunidad.

Sobre el particular es necesario mencionar que en los procesos de transición donde se busca investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos “es necesario que las investigaciones judiciales se orienten de conformidad con una perspectiva sistémica, pues de este modo la verdad que surja de los procesos judiciales puede contribuir a la construcción de una verdad más comprehensiva” (Uprimny, Sánchez L. y Sánchez N., 2013, p. 107).

Con todo, si bien la sentencia C-674 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional de tipo absoluto, “ello no limita la facultad de los magistrados de la JEP de apartarse de los efectos jurídicos de la misma, en relación con la determinación de la responsabilidad de mando por control efectivo” (García, 2019, p. 55). Para ello podría pensarse prima facie que procedería un control de constitucionalidad a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, sin embargo, a continuación se enuncian las limitantes y la improcedencia formal y material de esta alternativa.

4.2. Imprudencia de la excepción de inconstitucionalidad

En primera instancia, el control por vía de excepción de inconstitucionalidad ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como:

“(…) una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales” (cursiva dentro del texto). En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política” (Corte Constitucional, SU-132 de 2013, p. 13).

Como se observa, la excepción de inconstitucionalidad es una figura jurídica aplicable a casos en donde existe contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional. Sin embargo, el AL 01 de 2017 y sus artículos transitorios al haber sido introducidos a la Constitución Política ostentan un carácter de rango constitucional. En tal sentido, se trataría de una pugna entre normas de igual jerarquía; situación que no se contempla dentro de esta alternativa jurídica (García, 2019, p. 55). En consecuencia, esta vía no resulta procedente, ni resuelve de fondo la inobservancia del artículo transitorio 24 con respecto a los estándares internacionales.

Igualmente, respecto a la aplicación de las reglas del DIH, el DIDH y el DPI, “tomando en cuenta que son fuentes de Derecho que integran el Bloque de Constitucionalidad, estas ostentan la misma jerarquía constitucional que el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017” (García, 2019, p. 55). En consecuencia, tampoco resulta aplicable el criterio de la excepción de inconstitucionalidad, ya que la contradicción entre normas de igual jerarquía no se ajusta ni formal ni materialmente, a la naturaleza jurídica de esta figura.

Frente al Bloque de Constitucionalidad y una interpretación sistemática que integre parámetros de control constitucional sobre la base del *principio pro personae*, a pesar de constituirse como una opción viable para la correcta aplicación de los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo, esta adolece de límites que se proceden a analizar a continuación.

4.3. Límites en la interpretación sistemática y el Bloque de Constitucionalidad

La CC ha aceptado en distintos pronunciamientos que no todo el ER es parte del Bloque de Constitucionalidad, pero algunas de sus disposiciones sirven como parámetros para ejercer control constitucional, a manera de interpretación sistemática. En esa medida, en la sentencia C-290 de 2012 estimó que:

“(…) han sido tomados como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad las siguientes disposiciones: el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6, referido al crimen de genocidio (C- 488 de 2009); artículo 7, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C- 1076 de 2002); artículo 8, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C- 291 de 2007, C-172 de 2004 y C- 240 de 2009); el artículo 20, referido a la relativización del principio de la cosa juzgada (C- 004 de 2003 y C- 871 de 2003), al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C- 936 de 2010). En consecuencia, la Corte ha preferido determinar, caso por caso, qué artículos del Estatuto de Roma, y para qué efectos, hacen parte del bloque de constitucionalidad” (p. 36).

En igual sentido, en la sentencia C-488 de 2009, la CC aseveró que son parte del Bloque de Constitucionalidad “aquellos instrumentos de derecho penal internacional aprobados por Colombia, que guardan una relación directa con la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo que desde luego deberá ser examinado caso a caso” (Corte Constitucional, C-488 de 2009, p. 24). Tomando en cuenta que para el caso concreto se busca armonizar el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, con los estándares internacionales y particularmente, con el artículo 28 del ER, “esta norma podría integrarse al Bloque de Constitucionalidad en virtud del criterio adoptado por la CC, más aún cuando se trata de garantizar los derechos de las víctimas en procesos de transición” (García, 2019, p. 56).

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia SU-1184 de 2001, la CC hizo referencia al artículo 28 del ER con el fin de reconocer que los miembros de la Fuerza Pública, “deben responder penalmente cuando no adoptan medidas encaminadas a prevenir la comisión de actos delictivos por parte de sus subordinados” (Corte Constitucional, SU-1184 de 2001, p. 34).

En consecuencia, este tipo de interpretación sistemática se puede constituir como una opción viable en la que el artículo 28 del ER sea aplicado como “parámetro de

control de constitucionalidad” por parte de los magistrados de la JEP, a fin de armonizar el transitorio 24 del AL 01 de 2017 con los estándares internacionales. Sin embargo, esta vía adolece de algunas limitantes como el hecho de que “resulta contradictoria con el principio de legalidad y la seguridad jurídica, al tratarse de una interpretación teleológica y no taxativa del artículo transitorio 24” (García, 2019, p. 57-59). Aun así, es necesario aclarar que la interpretación sistemática sigue siendo una solución plausible si se toma en cuenta que, cuando se trata de la reconstrucción del tejido social y la plena garantía de los derechos de las víctimas, el principio de legalidad puede flexibilizarse a fin de concebirse un criterio hermenéutico que contemple la aplicación de estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo” (García, 2019, p. 57-59).

Con todo, el presente trabajo busca dar una solución más contundente a través de una propuesta de *lege ferenda*, con el fin de armonizar las limitantes enunciadas y de adecuar el artículo transitorio 24 con los estándares internacionales.

4.4. Propuesta de *lege ferenda*

Tomando en cuenta el anterior análisis de *lege lata* respecto del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y las considerables falencias dogmáticas de las que adolece, es necesario presentar la siguiente propuesta de *lege ferenda* para una eventual reforma constitucional, y en la que se observen los estándares internacionales sobre la responsabilidad de mando por control efectivo. Ello con el fin de evitar que una interpretación literal y restrictiva del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 conduzca al desconocimiento de los derechos de las víctimas y a escenarios de impunidad.

A continuación se presenta la siguiente propuesta de *lege ferenda* respecto del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y tomando en cuenta los estándares internacionales sobre la materia, con especial énfasis en el artículo 28 del ER:

Tabla 10. Propuesta de lege ferenda

Norma	Precepto normativo
<p style="text-align: center;">Artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017</p>	<p>“Artículo transitorio 24°. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.</p> <p>La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La</p>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

	<p>responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.</p> <p>Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).
<p>Propuesta de <i>lege ferenda</i></p>	<p>“Artículo transitorio 24°. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19), el DIDH “y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).</p> <p>“La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19) deberá fundarse en el control efectivo que ejercen sobre los actos de los subordinados que cometen o se proponen cometer las conductas punibles, en el conocimiento que hubiere debido tener (independientemente de si tenía información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta), “así como en las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19).</p>

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

	<p>“Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19), en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre estos, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19); b. Que el superior militar o el que actúe efectivamente como tal, tenga capacidad de “emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19); y c. Que el superior militar “tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados” (Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 18-19). <p>Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior no militar o civil “sobre los actos de sus subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados” (Estatuto de Roma, 2002, artículo 28(b)), cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. “Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; b. Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y c. No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (Estatuto de Roma, 2002, artículo 28(b)).
--	--

Conclusiones

Como se observó a lo largo del presente trabajo, el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el artículo 24 del AL 01 de 2017 no observa los estándares internacionales sobre la materia, dado que supone una serie de limitantes dogmáticas que van en detrimento de los derechos de las víctimas. En tal sentido, se presentan a continuación las conclusiones derivadas de este estudio y las apreciaciones más relevantes de cada capítulo.

En el capítulo primero se enuncia de manera cronológica los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo, así como su origen y desarrollo en el Derecho Internacional. En esa medida, este tipo de responsabilidad se derivó de la necesidad de juzgar y sancionar crímenes que afectan a la comunidad internacional por su entidad y por constituirse como graves violaciones a los derechos humanos. Ello implica que el superior militar debe responder penalmente por los actos delictivos de sus subordinados y por no adoptar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes.

Además, para determinar este tipo de responsabilidad es necesario observar elementos como: i) la relación entre el superior militar y sus subordinados; ii) la omisión del superior militar en la adopción de todas las medidas razonables y necesarias a su alcance con el fin de prevenir, reprimir, castigar y someter a las autoridades competentes (elemento objetivo); iii) el conocimiento que tenía o debería haber tenido sobre la comisión de dichos crímenes (elemento subjetivo); y iv) el nexo de causalidad entre la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes y la comisión de crímenes por sus subordinados establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

A pesar de que el concepto tuvo origen en la jurisprudencia internacional tras la finalización de la Primera y Segunda Guerra Mundial, ha sido igualmente recogido como principio y estándar en el marco de codificaciones normativas en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Consuetudinario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Además, las reflexiones hechas permiten evidenciar que aun cuando las diferencias entre la jurisprudencia del TPIY y TPIR y la de la CPI respecto a las obligaciones del superior militar son pocas, ello ha conllevado a discrepancias dogmáticas considerables en la definición de la responsabilidad de mando por control efectivo, especialmente en torno a los elementos definatorios de esta figura jurídica.

Frente a la existencia de la relación superior-subordinado, los superiores son penalmente responsables cuando el superior tiene esa calidad con respecto a sus subordinados. Para la Sala de Apelaciones del TPIY es necesario probar que el autor del delito fue el “subordinado” del acusado o superior, entendiendo este criterio como una manera de determinar que el superior ostenta esta calidad por su posición jerárquica *de jure* o *de facto*.

Respecto al elemento objetivo y las obligaciones del superior militar de prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, se observa que tanto la jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL como la de la CPI son complementarias y concuerdan con que el cumplimiento de estas obligaciones deben darse independientemente de que el superior militar haya tenido capacidad jurídica o formal para controlar a los subordinados.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional no es pacífica respecto del elemento subjetivo o el conocimiento del superior militar. Así pues, en virtud de los artículos 7(3) del ETPIY, 6(3) del ETPIR, y 6(3) del ETESL se plantea un criterio unificado donde el superior militar responde penalmente cuando no toma las medidas necesarias y razonables a fin de prevenir y castigar los delitos cometidos por sus subordinados “si sabía” o “tenía razones para saber” que el subordinado se disponía a cometer el acto delictivo o ya lo había cometido.

Por su parte, el artículo 28 del ER establece un criterio diferencial respecto a la determinación de responsabilidad penal de superiores militares y superiores civiles. Por el contrario, el ETPIY, ETPIR, y ETESL no hacen una diferenciación sobre el particular. Respecto a los superiores militares, el literal a) i) establece que el superior militar responde penalmente cuando no cumple con sus deberes jurídicos de prevenir, reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes, cuando “hubiere sabido” o “hubiere debido saber” que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer crímenes. Como se anotó, este último estándar de conocimiento se ajusta mejor a los criterios definitorios de la responsabilidad de mando y resulta más adecuado a la hora de definir el conocimiento del superior militar, sobre los actos de los subordinados.

Frente al nexo causal entre la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes jurídicos y la comisión de delitos por parte de sus subordinados, en los estatutos y jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL no hay mención del mismo respecto del deber de castigar, tal y como se estableció en el “caso Celebici” del TPIY. Igual posición toma la SCP II de la CPI en el “caso Bemba” al señalar que el nexo causal no es predicable respecto a la omisión del superior de reprimir, castigar o

someter el asunto a las autoridades competentes, dado que en este punto se están consumando o ya se encuentran consumados los delitos. En consecuencia, resulta ilógico aseverar que el incumplimiento de estos deberes causa retroactivamente la comisión de los delitos.

Con respecto a la omisión del deber de prevenir, para la jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL tampoco se puede establecer un nexo causal. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia en el “caso Celebici” se apartó de este criterio, ya que señaló que es posible aplicar el principio de causalidad en la doctrina de la responsabilidad de mando cuando el superior no evitó la comisión de delitos. Valga adicionar que aun cuando el superior tome las medidas apropiadas para prevenir, esta obligación persiste después de cometidos los delitos, en el sentido de que el deber de castigar es parte del deber de prevención en la comisión de delitos futuros. Ello en el entendido de que, si un superior no castiga los delitos ya consumados, aumenta el riesgo de que se cometan nuevos delitos a futuro. Esta posición fue acogida por la SCP II de la CPI en el “caso Bemba”.

Y finalmente, se concluye en este capítulo que la naturaleza jurídica de la responsabilidad de mando por control efectivo depende de los deberes jurídicos del superior. Así, respecto del deber de prevenir, se trata de una responsabilidad accesoria por la contribución omisiva en la comisión de los delitos por parte de los subordinados y no es aplicable el estándar de imprudencia simple, ni la omisión propia porque hay un nexo causal entre la omisión del superior en prevenir los delitos y la comisión de estos por sus subordinados. Respecto del deber de reprimir, castigar y someter el asunto a las autoridades competentes se trata de una responsabilidad por omisión propia, porque el superior incumple con sus deberes jurídicos, y no se debe valorar como una forma de participación en los delitos cometidos por los subordinados. Además, es aplicable el estándar de imprudencia simple porque no hay un nexo causal entre la omisión del superior en el cumplimiento de estos deberes y los crímenes de sus subordinados.

Tomando en cuenta el desarrollo de los estándares internacionales sobre la materia, el segundo capítulo se ocupa de analizar el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Derecho Interno, así como sus falencias y limitantes dogmáticas. En tal sentido, no se considera este tipo de responsabilidad como una figura autónoma, sino que erróneamente se equipara y asocia con otras categorías penales que no dan cuenta de su naturaleza jurídica. Muestra de ello es que tanto la CC como CSJ, han establecido que la responsabilidad de mando por control efectivo debe ser aplicada desde la comisión por omisión o la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Sin embargo, de los hallazgos de este trabajo se tiene que el

único acercamiento acertado que aplica la responsabilidad de mando por control efectivo fue en la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en el caso contra José Gregorio Mangones Lugo y Omar Enrique Martínez Ossias, donde aplicó correctamente los estándares internacionales.

Pese a ello, la Sala de Casación Penal de la CSJ estableció que la responsabilidad de mando por control efectivo no se encuentra explícitamente contemplada en el ordenamiento jurídico interno como figura autónoma, sino que para este caso es aplicable a teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en virtud del artículo 29 del Código Penal Colombiano.

En consideración con lo anterior, el capítulo tercero establece las falencias dogmáticas del tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo mediante el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, y en el cual se confirma la hipótesis de este trabajo respecto a la falta de observancia de los estándares internacionales sobre la materia, en el marco del actual proceso de justicia transicional. En esa medida se reproducen los límites en la interpretación y aplicación de la responsabilidad de mando y como consecuencia, se concluye que varios de los elementos contenidos en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 no observan los estándares internacionales, sino que por el contrario, imponen el cumplimiento de requisitos formales que van en detrimento de los derechos de las víctimas y en la consecución de eventuales casos de impunidad.

Todas las consideraciones y hallazgos de este trabajo permiten igualmente aseverar que la figura de la responsabilidad de mando por control efectivo es perfectamente aplicable a casos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia. Ello tomando en cuenta que varios ex superiores militares de unidades tácticas y brigadas del Ejército Nacional sabían o deberían haber sabido de la comisión de ejecuciones extrajudiciales perpetradas entre el 2002 y el 2008. Al respecto, en caso de que la jurisdicción interna en Colombia no investigue, juzgue y sancione estos casos, se legitimaría la activación de la jurisdicción complementaria de la CPI, e incluso la de la jurisdicción universal.

Valga mencionar que desde este trabajo se reconoce una limitante y es la de no haber abordado con mayor precisión la aplicación de la responsabilidad de mando por control efectivo, en casos específicos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia. Sin embargo, ello no implica desconocer su importancia y la necesidad de ahondar en futuras investigaciones sobre el particular.

En la sección final de este capítulo, se enuncia la necesidad de introducir la responsabilidad de mando por control efectivo para superiores no militares o civiles

en el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017. Con este desconocimiento se limita su definición a la responsabilidad penal de superiores militares, y en consecuencia se desconoce el nivel de responsabilidad de superiores civiles por la omisión de sus deberes jurídicos, sobre el actuar de sus subordinados.

Con todo, y ante el considerable desconocimiento de los estándares internacionales sobre responsabilidad de mando por control efectivo por parte del artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, el capítulo cuarto ahonda en las posibles soluciones jurídicas así como en sus limitantes. En primera medida, se analiza el estudio de exequibilidad que hace la CC en la sentencia C-674 de 2017 en torno al artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 y en el cual se encuentra que se continúa haciendo una interpretación errada de este tipo de responsabilidad, al equipararse con otras categorías penales.

Considerando esta situación, se estudió la posibilidad de que los magistrados de la JEP apliquen la excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta opción no resulta del todo adecuada tomando en cuenta que es una figura jurídica aplicable a casos en donde existe contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional. Dado que el AL 01 de 2017 y sus artículos transitorios al haber sido introducidos a la Constitución Política ostentan un carácter de rango constitucional, jurídicamente esta vía no es plausible. En consecuencia, la contradicción entre normas de igual jerarquía no se ajusta ni formal ni materialmente, a la naturaleza jurídica de esta figura.

Frente al Bloque de Constitucionalidad y una interpretación sistemática que integre parámetros de control constitucional sobre la base del *principio pro personae*, a pesar de constituirse como una opción viable para la correcta aplicación de los estándares internacionales en torno a la responsabilidad de mando por control efectivo, esta adolece de límites sustanciales, como el hecho de que a pesar de que el artículo 28 del ER sea aplicado como parámetro de control de constitucionalidad, ello resulta contradictorio con el principio de legalidad y la seguridad jurídica al tratarse de una interpretación teleológica y no taxativa del artículo transitorio 24.

En virtud de lo anterior, desde este trabajo se plantea una solución más contundente, en términos de una propuesta de *lege ferenda*, y con el fin de armonizar las limitantes enunciadas y de adecuar el artículo transitorio 24 con los estándares internacionales, especialmente con los criterios establecidos en el artículo 28 del ER. Ello es así porque a pesar de que los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* hacen aportes significativos para dotar de contenido a la

**Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo
Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe**

responsabilidad de mando, el ER y la jurisprudencia de la CPI aborda sus elementos de manera más sistemática y comprehensiva.

Con todo, la conclusión general de esta investigación se centra en que el tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia, específicamente en su introducción normativa mediante el artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017, no observa plenamente los estándares internacionales sobre la materia. Ello conduce al desconocimiento de los derechos de las víctimas y a escenarios de impunidad en el marco de un proceso de justicia transicional, que debe velar por la cabal garantía de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Bibliografía

Doctrina

Acosta, J. & Arévalo, C. (2017). Cuadernos de Estrategia. El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal. *Constitucionalización del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando*, (189), [pp. 233 – 264]. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6304825>

Adler, D. (2018). *Autoría y delitos contra la humanidad*. Argentina: Libro Universitario Argentino. Red de Editores de la Universidades Nacionales de la Argentina.

Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.

Ambos, K. (1999). *Criminal Law Forum. General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, 10, [pp. 1 – 32]. Recuperado de: <https://www.legal-tools.org/doc/a9a8ec/pdf/>

Ambos, K. (2001). *Temas de derecho penal internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ambos, K. & Malarino, E. (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Alemania: Konrad Adenauer Stiftung.

Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Alemania: Konrad Adenauer Stiftung.

Ambos, K. (2013). *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Aponte, A. (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Konrad Adenauer Stiftung.

Bantekas, I. (1999). *American Journal of International Law. The Contemporary Law of Superior Responsibility*, 93(3), [pp. 573 – 595]. Recuperado de: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/contemporary-law-of-superior-responsibility/47A461016A4C1E83D495F4FA2680D150>

Boas, G., Bischoff, J. & Reid, N. (2007). *Forms of responsibility in International Criminal Law. Volume I*. Cambridge: Cambridge University Press.

Borelli, S. (2015). The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict. En Pineschi, L., *General Principles of Law - The Role of the Judiciary* (pp. 265-293). Heidelberg: Springer.

Comité contra la Tortura. (2008). *Observación General No. 2. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*. CAT/C/GC/2. Recuperado de: <https://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>

Comisión Colombiana de Juristas. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada*. Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.

Comisión de Derecho Internacional. (1950). *Report of the International Law Commission on its Second Session*, ILC. A/CN.4/34. Recuperado de: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. (2002). *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*. New York: Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. (2015). *Estrategia Nacional para la garantía de los derechos humanos 2014-2034*. Colombia: Área de Comunicaciones Consejería Presidencial para los Derechos Humanos.

Cote-Barco, G. (2016). *Revista Colombiana de Derecho Internacional. 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), [pp. 49-112]. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n28/n28a02.pdf>

Ejército Nacional de Colombia. (2009). *Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: hoja de ruta del Ejército Nacional*. Colombia: Ejército Nacional de Colombia.

Ejército Nacional de Colombia. (2016). *Manuales Fundamentales del Ejército. MFE 6-27 sobre Derecho Operacional Terrestre*. Colombia: Ejército Nacional de Colombia. Recuperado de: <https://www.esmic.edu.co/index.php?idcategoria=2849>

Fiscalía de la Corte Penal de Internacional. (2016). *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. La Haya: Corte Penal Internacional.

Recuperado de:
<https://www.refworld.org/es/type,COUNTRYREP,,,5b4e501c4,0.html>

Fiscalía de la Corte Penal de Internacional. (2018). *Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia*. La Haya: Corte Penal Internacional. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

García, K. (2019). Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal. *Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional?*, 7, [pp. 32-68]. Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/8532/7655>

Gasser, H., et al. (1987). *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado de: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf

Huertas & Amaya. (2016a). *Excepciones del Acuerdo de la Habana. De la comisión de crímenes internacionales en el marco del conflicto armado y su tratamiento jurídico en un escenario de postconflicto*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

Huertas & Amaya. (2016b). *Triada del Derecho Penal Internacional*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

Huertas, et al. (2013). *Revista Opinión Jurídica. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito*, 12(23), [pp. 81-98].

Human Rights Watch. (2015). *El rol de los altos mandos en falsos positivos Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles*. Estados Unidos: Human Rights Watch.

Jia, B. (2000). *Yearbook of International Humanitarian Law. The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems*, 3, [pp. 325-347].

Kang, Y. (1997). *Harvard International Law Journal. Criminal Liability for the Actions of Subordinates: The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law*, 38 (1), [pp. 272-282].

Keith, K. (2001). *Leiden Journal of International Law. The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence*, 14, [pp. 617-634].

Klamberg, M. (2017). *Commentary on the Law of the International Criminal Court*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Lam, J. (2014). *Contrasting Complementarity: Assessing the International Criminal Court's Support for Domestic Prosecutions*. Kenya: International Commission of Jurists (ICJ Kenya). Recuperado de: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/383640229.pdf>

Landrum, B. (1995). *Military Law Review*. *The Yamashita War Crimes Trial: Command Responsibility Then and Now*, 149, [pp. 293-295].

Márquez, Á. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal: formas de instrumentalización*. Bogotá, Colombia: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Meloni, Ch. (2007). *Journal of International Criminal Justice*. *Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?* 5, [pp. 619-637]. Recuperado de: https://pdfs.semanticscholar.org/3c05/5671dc14b1d768a323a0451bfa58b55ba26d.pdf?_ga=2.152649529.1871334989.1605061142-881870682.1605061142

Ministerio de Defensa. (2008). *Política Integral de DDHH y DIH*. Colombia: Ministerio de Defensa Nacional.

Milanovic, M. (2014). Cambridge University Press. *The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law*, [pp. 1-38].

Nuremberg Military Tribunals. (1949). *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals. Volume XI*. Washington: Government Printing Office.

Olasolo, H. (2009a). *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*. Estados Unidos: Hart Publishing.

Olasolo, H. (2009b). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike y Pontificia Universidad Javeriana.

Olasolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant to Blanch.

Olasolo, H. & Canosa, J. (2018). *Revista Política Criminal*. *La responsabilidad del superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*, 13(25), [pp. 444-500].

Ospina, M. & Canosa, J. (2017). *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. *Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo*,

Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016, 5, [pp. 158-168]. Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/5675/3722>

Parks, W. (1973). *Military Law Review. Command responsibility for war crimes*, 62, [pp. 1-105]. Recuperado de: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/27508F~1.pdf

Pérez-León, J. (2007). *Revista Colombiana de Derecho Internacional. La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo*, (10), [pp. 153-198].

Prieto, R. (2009). *Grandes fallos de la justicia penal internacional: Celebici. Crímenes en un campo de prisión y responsabilidad del superior jerárquico*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike.

Ramelli, A. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Redacción Revista Semana. (21 de enero de 2017). El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad. *Revista Semana*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820/>

Robinson, D. (2012). *Melbourne Journal of International Law. How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution*, 13 (1), [pp. 1-58].

Roxin, C. (2006). *Revista de Estudios de la Justicia. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, (7), [pp. 11-22].

Salmón, E. (2016). *Revista Ius et Veritas. Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 52, [pp. 330-354].

Schabas, W. (1998). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute, Part III*, 6(4), [pp. 84-112].

Schabas, W. (2017). *An Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Stahn, C. (2008). Criminal Law Forum. *Complementarity: a tale of two notions*, 19, [pp. 87-113]. Recuperado de:

https://www.researchgate.net/publication/225567402_Complementarity_A_Tale_of_Two_Notions

Suárez, C. (2010). Revista Análisis Internacional. *Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho Comparado*, 2, [pp. 9-54]. Recuperado de: <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/16/23>

Suelt, V. (2016). Vniversitas. *El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia*, 133, [pp. 301-382].

Uprimny, R.; Sánchez, L. & Sánchez, N. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia.

Uprimny, R. & Guiza, D. (2017). *Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la jurisdicción especial para la paz y regula el tratamiento especial a fuerza pública*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.

Van Sliedregt, E. (2003). *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. La Haya: Asser Press.

Vetter, G. (2000). Yale Journal of International Law. *Command Responsibility of Non-Military Superiors in the ICC*, 25, [pp. 89-143]. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=yjil>

Vivanco, J. (25 de enero de 2017). Carta sobre “responsabilidad de mando” en la legislación de implementación del acuerdo de paz. *Human Rights Watch News*. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del>

Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant to Blanch.

Werle, G. & Jessberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Normativa

Código Penal Colombiano. (2000). Ley 599 de 2000.

Congreso de la Republica. (27 de diciembre de 2001). Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. [Acto Legislativo 02 de 2001]. Diario Oficial: 44.663.

Congreso de la Republica. (26 de junio de 2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Congreso de la Republica. (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 se dictan otras disposiciones. [Acto Legislativo 01 de 2017]. Diario Oficial: 50.196.

Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. (2005).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (1984).

Convenios de Ginebra. (1949).

Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. (1949).

Convención IV de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. (1907).

Convención X de la Haya relativa a la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra sobre Guerra Marítima. (1906).

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. (2006).

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. (1948).

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de las Naciones Unidas. (1968).

Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma. (2002).

Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. (2007).

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. (2002).

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. (1945).

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (1993).

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (1994).

Ley de creación de salas especiales en los Tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática. (2004).

Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales del Comité Internacional de la Cruz Roja. (2007).

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. (1990).

Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. (1983).

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. (1989).

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. (1977).

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1996).

Reglamento No. 2000/15 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental. (2000).

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2001). SU-1184 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). C-578 de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). C-488 de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). C-290 de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). SU-132 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). C-674 de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. 30 de noviembre de 2012.

Corte Internacional de Justicia. (2004). Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado.

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II. (15 de junio de 2009). Decisión de confirmación de cargos, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-424.

Corte Penal Internacional, Sala de Juicio III. (21 de marzo de 2016). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, No. ICC-01/05-01/08-3343.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2009). Rad. 32022.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2009). Rad. 29221.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012). Rad. 38250.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2014). Rad. 35113.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. (1946). Caso *Yamashita* 327 U.S.

Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Primera Instancia. (2 de marzo de 2009). Judgement, *Prosecutor v. Sesay et al.*, Case SCSL-04-15-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia. (21 de mayo de 1999). Judgement, *Prosecutor v. Kayishema et al.*, Case ICTR-95-1-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (3 de marzo de 2000). Judgement, *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (24 de marzo de 2000). Judgement, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case IT-95-14/1-A.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio I. (7 de junio de 2001). Judgement, *The Prosecutor v. Bagilishema*, Case ICTR-95-1A-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones. (3 de julio de 2002). Judgement, *The Prosecutor v. Bagilishema*, Case ICTR-95-1A.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio II. (1 de diciembre de 2003). Sentencia de primera instancia, *The Prosecutor v. Kajelijeli*, Case ICTR-98-44A-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de primera instancia. (22 de enero de 2004). Judgement, *The Prosecutor v. Kamuhanda*, Case ICTR-95-54A-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones. (28 de noviembre de 2007). *The Prosecutor v. Nahimana et al.*, Case ICTR-99-52-A.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia. (18 de diciembre de 2008). Judgement, *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, Case ICTR-98-41-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (16 de noviembre de 1998). Judgement, *Prosecutor v. Delalic, et al.*, Case IT-96-21-T. "Caso Celebici".

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (3 de marzo de 2000). Judgement, *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (20 de febrero de 2001). Judgement, *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case IT-IT-96-21-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (26 de febrero de 2001). Judgement, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case IT-95-14/2-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (2 de noviembre de 2001). Judgement, *Prosecutor v. Kvočka, et al.*, Case IT-98-30/1-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (16 de julio de 2003). Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, *Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al.*, Case IT-01-47-AR72.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (16 de julio de 2003). Judgement, *Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al.*, Case IT-01-47-AR72.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. (31 de julio de 2003). *Prosecutor v. Stakic*, Case IT-97-24-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (17 de septiembre de 2003). Judgement, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case IT-97-25-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (29 de julio de 2004). Judgement, *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (17 de diciembre de 2004). Sala de Apelaciones, Judgement, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case IT-95-14/2-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II. (31 de enero de 2005). Sentencia de primera instancia, *Prosecutor v. Strugar*, Case IT-01-42-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. (16 de noviembre de 2005). Sección A, Prosecutor v. Halilovic, Case IT-01-48-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (15 de marzo de 2006). Judgement, Prosecutor v. Hadzihasanovic, et al., Case IT-01-47-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio II. (30 de junio de 2006). Judgement, Prosecutor v. Orić, Case IT-03-68-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (9 de mayo de 2007). Judgement, Prosecutor v. Blagojevic and Jokic, Case IT-02-60-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (16 de octubre de 2007). Judgement, Prosecutor v. Halilovic, Case IT-01-48-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (3 de julio de 2008). Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (3 de julio de 2008). Judgement, Prosecutor v. Oric, Case IT-03-68-A. Partially Dissenting Opinion and Declaration of Judge Liu.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones. (17 de julio de 2008). Judgement, Prosecutor v. Strugar, Case IT-01-42-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Juicio I. (15 de septiembre de 2008). Judgement, Prosecutor v. Delic, Case IT-04-83-T.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2011). Rad. 1215-1233.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2017). Rad. 1177.

United States Military Tribunal. Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others. (1948).

United States Military Tribunal. Trial of Wilhelm List, et al. (1948).